



# EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE À L'ÉPREUVE DES ALÉAS



Décembre 2024

Sous la direction d'Hélène HOEPFFNER, Professeur de droit public Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Force majeure **Exécution**  
Résiliation **Commande publique**  
**Contrat** **Imprévision**  
**Service public** **Contentieux**  
**Indemnisation** **Concessions**  
**Jurisprudence** **Aléas** **Recours** **Fait du prince** **Modification**  
**Autorité publique** **Marché public**  
**Transaction**



Institut de la  
**gestion déléguée**



## **CETTE PUBLICATION S'INSCRIT DANS UNE COLLECTION, « LES PRÉCIS DE L'IGD »**

Les Précis de la Commission juridique de l'IGD ont pour but de proposer des réponses opérationnelles à des questions juridiques :

- Précis n°1: Régime des biens dans les contrats de concession
- Précis n°2 : L'exécution des contrats de la commande publique à l'épreuve de la crise sanitaire
- Précis n°3 : Modification des contrats de concession et des marchés de partenariat en cours d'exécution

Ces publications sont disponibles sur notre site internet :

***[www.fondation-igd.org](http://www.fondation-igd.org)***

# SOMMAIRE



|           |                                                                                                                                                          |
|-----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>4</b>  | <b>PRÉAMBULE</b>                                                                                                                                         |
| <b>6</b>  | <b>PARTIE I - INTRODUCTION</b>                                                                                                                           |
| <b>7</b>  | <b>A. DISTINCTIONS</b>                                                                                                                                   |
| <b>9</b>  | <b>B. IDENTIFICATION DES ALÉAS</b>                                                                                                                       |
| <b>11</b> | <b>PARTIE II - TRAITEMENT DES ALÉAS PAR LE CONTRAT</b>                                                                                                   |
| <b>12</b> | <b>A. ANTICIPATION DES ALÉAS (CLAUSES CONTRACTUELLES)</b>                                                                                                |
| <b>12</b> | A.1. L'aléa affecte la possibilité d'un maintien du contrat                                                                                              |
| <b>15</b> | A.2. L'aléa n'obérant pas le maintien du contrat                                                                                                         |
| <b>19</b> | <b>B. ADAPTATION DU CONTRAT (AVENANTS)</b>                                                                                                               |
| <b>19</b> | B.1. Les apports de l'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022                                                                                        |
| <b>21</b> | B.2. Les autres solutions d'adaptation du contrat                                                                                                        |
| <b>23</b> | <b>C. FIN CONCERTÉE DU CONTRAT</b>                                                                                                                       |
| <b>23</b> | C.1. La force obligatoire du contrat et la résiliation amiable                                                                                           |
| <b>24</b> | C.2. L'indemnisation en cas de résiliation amiable                                                                                                       |
| <b>25</b> | C.3. Les modalités de la résiliation amiable                                                                                                             |
| <b>25</b> | <b>D. CONTENTIEUX</b>                                                                                                                                    |
| <b>25</b> | D.1. Les recours                                                                                                                                         |
| <b>27</b> | D.2. La conclusion d'un accord entre les parties sous forme de transaction                                                                               |
| <b>30</b> | <b>PARTIE III - TRAITEMENT EXTRACTIONNEL DES ALÉAS</b>                                                                                                   |
| <b>31</b> | <b>A. LES TEXTES PARTICULIERS RÉSULTANT DE L'ÉPIDÉMIE DE COVID-19</b>                                                                                    |
| <b>31</b> | A.1. Champ d'application de l'ordonnance du 25 mars 2020                                                                                                 |
| <b>32</b> | A.2. Dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 non reprises au Code de la commande publique                                                           |
| <b>35</b> | A.3. Dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 reprises au Code de la commande publique en cas de circonstances exceptionnelles                       |
| <b>37</b> | <b>B. DROITS INDEMNITAIRES DU TITULAIRE DU CONTRAT</b>                                                                                                   |
| <b>37</b> | B.1. Théorie de l'imprévision                                                                                                                            |
| <b>42</b> | B.2. Sujétions techniques imprévues                                                                                                                      |
| <b>44</b> | B.3. Fait du prince                                                                                                                                      |
| <b>48</b> | <b>C. FIN DU CONTRAT</b>                                                                                                                                 |
| <b>48</b> | C.1. Force majeure                                                                                                                                       |
| <b>51</b> | <b>D. CONTENTIEUX EXTRACTIONNEL</b>                                                                                                                      |
| <b>51</b> | D.1. Typologie des recours contentieux                                                                                                                   |
| <b>56</b> | D.2. Régime contentieux                                                                                                                                  |
| <b>60</b> | <b>ANNEXE I - EXEMPLES DE CLAUSES ORGANISANT LA FIN ANTICIPÉE DE CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE EN CAS D'IMPOSSIBILITÉ D'EN POURSUIVRE L'EXÉCUTION</b> |
| <b>77</b> | <b>ANNEXE II - COMITÉ DE RÉDACTION</b>                                                                                                                   |

# PRÉAMBULE

Les dernières années ont été marquées par une succession et/ou un cumul de crises, sanitaire, économique, énergétique, climatique, géopolitique, entraînant d'importants bouleversements sur la passation et l'exécution des contrats de la commande publique.

La chronicité des aléas tend à devenir la règle et oblige ainsi les parties prenantes à la construction d'infrastructures et/ou à la gestion des services publics à anticiper, dès le stade de la passation des contrats, les conséquences de la survenue d'événements extérieurs et imprévisibles sur l'exécution du contrat.

Au-delà des mécanismes de droit commun de modification des contrats prévus par le Code de la commande publique ou la jurisprudence (théorie de l'imprévision, de la force majeure, du fait du prince et des sujétions techniques imprévues), de nombreux textes législatifs et réglementaires ont vu le jour ces dernières années pour atténuer les effets des aléas économiques affectant certains secteurs et permettre de prendre toutes les dispositions nécessaires pour adapter les futurs contrats à l'évolution du contexte économique :

- Loi d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020 autorisant le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure destinée à « adapter les règles de passation, de délais de paiement, d'exécution et de résiliation, notamment celles relatives aux pénalités contractuelles, prévues par le Code de la commande publique ainsi que les stipulations des contrats publics ayant un tel objet » ;
- 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 ;
- Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique ;
- Circulaire du 29 septembre 2022 de Madame la Première Ministre Elisabeth Borne sur l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières abrogeant la circulaire n° 6338-SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières dite « Circulaire Castex ».

Il convient de rajouter à cette liste non exhaustive :

- Les nouveaux cahiers de clauses administratives générales (CCAG) entrés en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril 2021 dont deux des objectifs sont de rééquilibrer les relations contractuelles notamment pour le cocontractant de l'acheteur et de tenir compte de l'impact de la crise sanitaire ;
- L'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022 relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, repris en majorité dans la circulaire du 29 septembre 2022 de Madame la Première Ministre Elisabeth Borne.

En se basant sur le *Précis n°2 relatif à l'exécution des contrats de la commande publique à l'épreuve de la crise sanitaire*, la Commission juridique propose d'élargir son étude à **l'ensemble des aléas et d'étudier la manière dont la « volatilité » pourrait être mieux prise en compte sur l'ensemble du cycle de vie d'un contrat de long terme**, c'est-à-dire depuis les premières études de faisabilité jusqu'à la fin de la période d'exploitation.

Si certaines réponses ressortent du domaine de l'économie du contrat, comme le fait de renoncer totalement ou partiellement à transférer au co-contractant certains risques (ex : le risque de prix de l'énergie), ou de mettre en place des indexations de prix pertinentes, l'essentiel de la solution est d'ordre juridique.

Avant d'examiner les mécanismes de traitement des aléas par le contrat (II) et ceux par le traitement extracontractuel (III), il est proposé de revenir sur la sémantique rencontrée pour qualifier les aléas en présentant une définition ou à tout le moins une clarification de ces différentes notions qui participent de la complexité d'appréhension du sujet (I).

# **PARTIE I**

## **INTRODUCTION**

## A. DISTINCTIONS

Les notions de risques, aléas, incertitudes, imprévus, imprévision, imprévoyance, imprévisible, imprévisibilité et volatilité renvoient toutes à la survenue d'événements venant modifier le déroulement d'un processus<sup>1</sup>. Elles sont à la fois voisines et différentes et leur sens peut varier en fonction du domaine dont elles sont issues ou en fonction du cadre dans lequel elles sont utilisées, qu'il s'agisse (notamment) :

- De la langue française, courante ou littéraire ;
- De la science économique ;
- Du monde bancaire ou assurantiel ;
- Des domaines du droit privé ou du droit public<sup>2</sup>.

On peut toutefois - en se plaçant dans le cadre d'un contrat de long terme ressortissant du droit public - tenter de classer ces notions en tenant compte du fait que :

- Il s'agit de contrats de long terme et **le temps est à l'évidence un facteur multiplicatif du risque** ;
- La mutualisation des risques, facteur de diminution des risques, est généralement absente s'agissant de contrats uniques et de montants unitaires élevés importants ;
- On peut déjà faire référence à la différence établie par l'économiste Frank Knight (voir encadré ci-dessous) entre le **risque** qui peut être mesuré et donc raisonnablement provisionné<sup>3</sup> et l'**incertitude** qui ne le peut pas faute d'information.

**L'ÉCONOMISTE AMÉRICAIN** Frank Knight a théorisé la différence entre risque et incertitude dans son ouvrage classique *Risk, Uncertainty and Profit*. Le risque est « une quantité susceptible d'être mesurée ». Le résultat exact est peut-être inconnu, mais il est possible de calculer la probabilité des quelques résultats les plus probables. L'incertitude signifie qu'il n'y a pas assez d'informations pour ne serait-ce que réduire les possibilités. Lorsqu'une situation n'est pas « susceptible d'être mesurée », les économistes parlent d'« incertitude knightienne ». (Citation extraite d'un article de M. Geoffrey Okamoto DGA du FMI).

La notion **d'imprévision** (si l'on excepte la « théorie de l'imprévision » improprement appelée mais parfaitement comprise de tous les spécialistes) renvoie à l'**imprévoyance** et donc à la responsabilité de celui qui en est à l'origine.

Le terme **d'aléa** est, lui, ambigu, car en langage courant il peut signifier « événement imprévu » alors qu'en mathématique un tirage aléatoire (tirage à pile ou face ou jeté de dés) est hautement probabilisable<sup>4</sup>.

Les notions « **d'imprévisible** » (selon le Petit Larousse « qu'on ne peut prévoir ») et « **d'imprévisibilité** » (selon le Petit Larousse : « caractère de ce qui est imprévisible ») ont le grand avantage d'avoir à

<sup>1</sup> Ces processus peuvent notamment concerner les domaines de la physique-chimie, de l'industrie, de l'économie ou encore du monde politique, économique, écologique, social ou sociétal.

<sup>2</sup> Le petit Larousse prend bien soin de donner du mot d'imprévision (i) une définition littéraire : « manque de prévision, imprévoyance » (ii) une définition en Droit : « théorie de l'imprévision : selon laquelle l'exécution d'un contrat administratif doit être assurée lorsque survient un bouleversement économique imprévisible ».

<sup>3</sup> Encore faut-il noter qu'il a pris soin d'indiquer que les calculs de probabilité ne couvraient pas la totalité des possibles (demeurent en effet les « tail distributions » également appelés « black swans »).

<sup>4</sup> Ce sont même ces tirages qui ont conduit Bernoulli à formuler la Loi des grands nombres.

peu près le même sens dans le langage courant et en matière juridique. On peut en outre les rapprocher de la notion **d'incertitude** pour laquelle nous ne disposons pas non plus des informations permettant d'anticiper la survenue d'un événement.

La **volatilité**, enfin, est une notion différente, abondamment observée et théorisée en matière d'activités de marché (de matières premières ou d'actifs financiers). Elle mesure ex post - à partir d'une série d'événements homogènes (par exemple le prix quotidien d'une tonne de blé, d'une action ou d'un indice) l'ampleur des **fluctuations** de ces valeurs autour de la moyenne constatée durant la période d'observation. Elle peut bien sûr s'extrapoler pour tenter de prévoir l'avenir avec tous les risques que cela comporte. Cette notion qui était peu présente dans le domaine du droit public s'y est invitée avec les fluctuations du **prix de l'énergie** et risque de s'étendre si - comme on peut le penser - un nombre croissant de paramètres influant sur les contrats administratifs deviennent des « **commodities** » c'est-à-dire voient leur prix s'établir quotidiennement sur un marché. Enfin, la volatilité n'est quasiment jamais le seul facteur expliquant l'évolution du prix ou d'une valeur dans la mesure où de nombreux autres phénomènes (« trends » haussiers, événements géopolitiques, etc.) peuvent également entrer en ligne de compte.

Il y aurait donc **quatre types de phénomènes ou événements extérieurs** susceptibles d'influer fortement sur le déroulement des contrats administratifs de long terme :

- **L'imprévision ou imprévoyance** : il appartient à la partie qui en est à l'origine (qui peut être le contractant privé mais également le partenaire public) de remédier à ses conséquences ;
- **Le risque** : il fait partie intégrante d'une activité (« les risques du métier ») et l'opérateur doit l'intégrer (notamment le provisionner ou le faire assurer) au moment d'établir son offre puis - s'il est retenu en tant que lauréat - au niveau de l'exécution de son contrat ;
- **Les circonstances imprévisibles** (ou l'incertitude) : elles nécessitent un traitement particulier en amont d'un contrat (au niveau du cahier des charges et des clauses contractuelles) et durant son exécution en cas de survenue de circonstances de cette nature ;
- **La volatilité** : à une certaine amplitude, elle est un cas particulier de circonstance imprévisible. Elle peut être gérée, soit en appliquant des indices fiables et des mises à jour quasi-quotidiennes, soit en réfléchissant en amont du contrat au modèle économique, et plus précisément, au niveau de l'allocation des risques.

Cette typologie pose toutefois une question aussi importante que délicate : **comment peut-on ou doit-on faire la différence entre le risque - qui reste à la charge de l'opérateur - et les circonstances imprévisibles (aléas) dont l'opérateur doit être légitimement rendu partiellement ou totalement indemne ?**

On peut tenter la **définition suivante** : une circonstance est imprévisible si un opérateur diligent ne pouvait raisonnablement prévoir sa survenue, son étendue ou l'ampleur des conséquences qu'elle a entraînées.

Cependant, une telle définition laissera toujours place à d'importantes **marges d'interprétation**. Pour ne prendre que quelques exemples :

- **L'inflation générale** : à 8 ou 9 %, elle constitue aujourd'hui un choc économique très significatif (surtout pour des contrats conclus à prix fixe) alors qu'elle a été supérieure à 9% sans interruption de 1973 à 1983.
- **L'augmentation de certains prix** : à partir de quel moment, de quels types de causes, de quelle ampleur et de quelle permanence dans le temps est-elle une circonstance imprévisible ?
- Une question analogue peut être posée en matière de **rupture des chaînes d'approvisionnement** (sanctions, situation de guerre dans certains pays).
- **Les grèves** : même s'il est raisonnable de provisionner x jours d'arrêt de chantier notamment



compte tenu de l'éventualité de mouvements sociaux, à partir de combien de jours de grève générale peut-on considérer que l'on se trouve face à des circonstances imprévisibles ?

- A quel niveau et sur la base de quel scénario un opérateur diligent peut-il ou doit-il **provisionner les risques liés au réchauffement climatique** pour un contrat pouvant s'étendre sur 30 ans ? A quel moment entre-t-on dans une logique de circonstances imprévisibles ?

Une solution permettant de surmonter ces sujets d'interprétation des causes ou de compléter l'analyse serait de **raisonner à partir de l'ampleur des conséquences**, ce qui pose toutefois une série de questions, notamment :

- Quel serait le seuil quantitatif du bouleversement ? Serait-il le même quels que soient les secteurs ?
- Devrait-il être calculé de manière provisionnelle quitte à devoir être corrigé ou l'être ex post (et dans ce cas au terme de quelle période ?) au risque de mettre l'opérateur en risque de cessation de paiement (surtout s'il s'agit d'une PME) ?
- Ces seuils de bouleversement devraient-ils s'apprécier différemment entre un marché de partenariat (ou un marché global de performance) et une concession ? Une position raisonnable pourrait consister à adopter des seuils spécifiques en matière de risque de demande mais d'adopter des seuils communs au niveau des paramètres constitutifs de l'offre.

Ainsi, même en clarifiant les concepts, ce sujet demeurera complexe et occupera de manière croissante les co-contractants publics et privés - et probablement le juge administratif - au cours des prochaines années. Il est permis de formuler le vœu qu'une **jurisprudence homogène** se dessine rapidement afin que des cas similaires ne soient pas jugés différemment d'un tribunal à un autre. Les traiter de manière équitable requerra en tout état de cause beaucoup de compétence chez les acteurs privés et publics.

## B. IDENTIFICATION DES ALÉAS

Tous les contrats publics – à plus forte raison s'ils sont de long terme – comportent des risques qui ont vocation à être analysés, quantifiés (en probabilité d'occurrence et en sévérité des conséquences) et alloués aux différents partenaires publics et privés. Jusqu'à récemment, cette gestion des risques a permis dans la majorité des cas à ces contrats de la commande publique de s'exécuter de manière satisfaisante pour les parties sauf en cas de survenue de circonstances exceptionnelles et/ou imprévues qui ont alors trouvé remède dans l'application de la théorie de l'imprévision, de la force majeure ou encore du fait du prince.

Cette façon de gérer les risques inhérents aux contrats de long terme est le fruit d'une construction jurisprudentielle progressive entamée il y a plus d'un siècle et qui trouve encore à s'appliquer de nos jours. Pour autant, l'actualité politique, économique, écologique, sociale et sanitaire tend aujourd'hui à remettre en question la gestion de ces risques. En effet, au cours des dernières années, un certain nombre d'évolutions, pour certaines inédites, se sont produites :

- Une montée du risque politique sous plusieurs formes (troubles à l'ordre public, mouvements sociaux) ;
- Une crise énergétique ou climatique entraînant des surcoûts majeurs pour les co-contractants des contrats de la commande publique ;
- Une pandémie dont les conséquences à moyen et long terme sont difficilement envisageables ;
- Des événements géopolitiques d'une extrême gravité : guerres, fermetures de frontières, sanctions et contre sanctions économiques ;
- Montée de l'inflation, risque de récession et baisse du pouvoir d'achat ;
- Une tendance croissante à la « démondialisation » ;

- L'impératif de la décarbonation de l'économie au regard du dérèglement climatique et plus largement aux objectifs du développement durable concernant tant les décideurs publics que les entreprises privées et les acteurs financiers ;
- L'accélération de l'innovation et de la recherche de solutions technologiques (parfois « disruptives ») pour répondre à ces défis ;
- Les tensions liées à l'approvisionnement de certains matériaux (métaux rares, acier, principes actifs de médicaments, etc.) en raison de la concurrence que se livrent les États.

En raison de ce contexte, les risques - ou plutôt les aléas ou incertitudes – découlant de ces facteurs sont nombreux. On peut en dresser une liste non exhaustive :

- Retards ou blocages temporaires ou définitifs de projets ;
- Rupture temporaire ou définitive de chaînes d'approvisionnement génératrice de retards et/ou de surcoûts ;
- Augmentation des coûts de réalisation et/ou d'exploitation ;
- Modification substantielle du cadre réglementaire impactant les conditions de réalisation et/ou d'exploitation d'un projet (ex : tarification du carbone, taxe carbone aux frontières, durcissement des normes écologiques ou sociales) ;
- Recours à des technologies non suffisamment éprouvées ou – à l'inverse – rendues obsolètes par des évolutions technologiques ;
- Refus de la part des banques ou des investisseurs de financer ou refinancer certaines activités non compatibles avec les enjeux de développement durable ;
- Risque de perte de revenu pour le titulaire du contrat (dans les contrats comportant un transfert de risque commercial).

Même si l'hypothèse la plus probable est celle de la survenue d'aléas négatifs, c'est-à-dire compliquant, renchérisant ou encore empêchant l'exécution du contrat, on peut marginalement rencontrer des aléas positifs au niveau de l'offre (mise au point de technologies plus efficaces par exemple) ou de la demande (augmentation des quantités requises ou des tarifs praticables), générant un risque de perte d'opportunité si la rigidité des contrats empêche les parties de profiter de ces évolutions.

Ces aléas négatifs ou marginalement positifs peuvent survenir au stade de :

- La phase d'offre, durant laquelle les candidats ont remis des offres fermes et devront s'y conformer s'ils sont retenus. Ils peuvent donc devenir titulaires d'un contrat structurellement « perdant » avant même d'avoir commencé à l'exécuter et sans possibilité de recours à ce stade ;
- La phase de construction : elle est relativement courte (1 à 5 ans en général) par rapport à la totalité du contrat mais très intensive en termes de tâches à accomplir et donc de risques à gérer ;
- La phase d'exploitation de l'infrastructure, qui est la plus longue et durant laquelle des situations de blocage de l'exploitation ou des effets de ciseaux (entre les coûts et les revenus) peuvent se produire et conduire, soit à l'arrêt de l'exploitation (en opposition au principe de continuité du service public) soit à des pertes financières difficiles à supporter pour un opérateur privé.

Il est dès lors essentiel, tant pour la personne publique que pour son co-contractant, de se mettre en mesure de gérer au mieux ces aléas. Ne pas le faire peut amener les entreprises concernées, soit à intégrer dans leur prix d'importantes provisions pour risques (renchérisant ainsi leur prestation), soit à se mettre en situation de risque excessif ce qui n'est évidemment pas leur intérêt mais n'est pas non plus celui de leur client public.

## **PARTIE II**

# **TRAITEMENT DES ALÉAS PAR LE CONTRAT**

## A. ANTICIPATION DES ALÉAS (CLAUSES CONTRACTUELLES)

La question de l'anticipation du traitement des aléas par l'introduction de clauses contractuelles spécifiques impose d'emblée de prendre en compte l'impossibilité intrinsèque au concept même d'aléa d'identifier toutes les situations susceptibles de survenir.

Par définition (*cf supra* introduction), l'aléa est un évènement inconnu au moins dans certaines de ses caractéristiques : son objet (ex. la pandémie de la Covid-19), son ampleur (ex. le niveau d'inflation atteint au début de l'année 2021), son impact (ex. la pénurie de certains matériels et matériaux principalement liée à la guerre en Ukraine). Chercher à dresser une liste exhaustive des aléas et de leurs caractéristiques paraît ainsi illusoire.

Par ailleurs, l'objectif recherché par l'introduction de clauses contractuelles n'est pas tant le traitement de l'aléa lui-même que le traitement de ses conséquences sur l'exécution du contrat.

Enfin, dans la mesure où l'on admet que l'aléa est un phénomène par nature extérieur aux parties, l'origine de l'aléa n'apparaît que comme une question secondaire concernant le contenu des clauses pouvant être introduites en vue de traiter ces aléas.

A l'inverse, identifier les catégories de conséquences possibles et déterminer qui des parties doit en tout ou partie en assumer la charge semble un exercice nécessaire au choix des clauses contractuelles à insérer pour traiter les aléas.

On proposera donc d'envisager le sujet de ces clauses contractuelles en s'intéressant davantage à leurs effets potentiels qu'aux caractéristiques des aléas eux-mêmes.

Partant, on peut tenter de dresser un état des clauses contractuelles en distinguant deux grandes situations : celle où le ou les aléas ont des conséquences sur la possibilité de maintenir le contrat **(A.1.)** et celle où le contrat n'est pas affecté dans son existence même **(A.2.)**.

### A.1. L'aléa affecte la possibilité d'un maintien du contrat

L'introduction de clauses contractuelles envisageant la fin du contrat semble, à premier égard, un remède peu satisfaisant pour répondre à l'intervention d'aléas en cours d'exécution du contrat. Il est toutefois préférable, dans certaines situations où il ne semble pas exister d'autre issue possible que la sortie du contrat, de disposer de clauses contractuelles prévoyant une telle situation et en organisant les modalités (1.).

Outre la question de savoir dans quels cas il peut être admis que l'aléa affecte l'existence même du contrat, les dispositions contractuelles vont devoir s'intéresser aux conditions requises pour établir que la fin du contrat s'impose (2.) et aux conséquences à en tirer (3.).

#### A.1.1. Intérêt de clauses organisant la fin anticipée du contrat en cas d'impossibilité d'en poursuivre l'exécution

Récemment, la pandémie de Covid-19, puis la guerre en Ukraine ont montré les limites des théories jurisprudentielles administratives et des principes généraux pour régler les difficultés rencontrées à l'occasion de ces évènements. La question de leur qualification s'est posée : sont-ils qualifiables de force majeure ? La théorie de l'imprévision peut-elle trouver à s'appliquer ? Peuvent-ils justifier une modifica-

tion du contrat pour « circonstances imprévues » au sens du Code de la commande publique ? Autant de questions qui ont pu constituer un obstacle à la résolution des difficultés rencontrées par les parties.

L'insertion de clauses contractuelles visant à identifier les cas dans lesquels il pourra être admis que la fin anticipée du contrat s'impose à raison de l'impossibilité de poursuivre son exécution peut donc présenter un fort intérêt pour aider les parties à sortir du contrat dans les meilleures conditions.

Certes, la résiliation d'un contrat administratif est possible sans stipulation contractuelle la prévoyant ou au-delà des prévisions contractuelles pour motif d'intérêt général ou pour faute du co-contractant. Le Code de la commande publique énonce par ailleurs différents cas dans lesquels la résiliation du contrat peut être décidée. Les parties ont également la possibilité de déterminer contractuellement les conditions d'indemnisation du co-contractant en cas de fin anticipée du contrat « *sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment de la personne publique, l'allocation au cocontractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat* »<sup>1</sup>.

Malgré ce cadre juridique déjà présent, la pertinence d'insérer des clauses de résiliation, en particulier amiable, organisant les modalités et conséquences d'une telle résiliation rendue nécessaire par la survenue d'aléas n'en reste pas moindre.

De telles clauses peuvent en effet éviter un maintien trop long des parties dans des relations contractuelles qui ne le sont plus qu'à leur détriment et faciliter les conditions de mise en œuvre d'une telle fin anticipée. Ces clauses peuvent s'avérer ainsi fort utiles pour organiser les modalités matérielles de fin du contrat (règlement financier, sort des biens) mais aussi les conditions de maintien d'un certain nombre de prestations, en particulier pour préserver la continuité du service public<sup>2</sup>.

### A.1.2. Identification des cas dans lesquels la fin du contrat s'impose

La rédaction de telles clauses de fin anticipée du contrat n'en reste pas moins un exercice délicat. Comment en effet définir les situations qui doivent être considérées comme rendant impossible l'exécution du contrat ?

Celles-ci ne doivent être ni définies de manière trop restrictive pour permettre d'être adaptées à la diversité des situations susceptibles d'être rencontrées, ni trop largement pour ne pas rendre leur interprétation et leur application trop incertaine.

Il est possible de considérer que l'insertion d'une clause de résiliation à raison de l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat est une manière d'explicitier, par un autre biais que celui de la description des prestations du contrat, le champ de celui-ci, les limites qu'il couvre, aléas inclus, et d'admettre qu'au-delà de ces limites et des modifications qui peuvent être apportées pour aménager l'exécution du contrat, celui-ci ne peut être maintenu. Il s'agira alors de s'intéresser moins à l'aléa lui-même qu'aux conséquences qu'il engendre sur l'exécution du contrat et aux possibles moyens d'y remédier (interprétation du contrat permettant d'identifier la ou les parties devant prendre en charge tout ou partie de ces conséquences ; modifications du contrat permettant d'adapter celui-ci pour tenir compte de

<sup>1</sup> CE 16 déc. 2022, *Sté. Grasse Vacances*, n° 455186 ; AJDA 2023. 672, J. Bousquet. Comparer avec <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000023958635>, *CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan* qui laissait la liberté de fixer l'indemnité dans la limite d'une disproportion manifeste au détriment de la personne publique.

<sup>2</sup> Cf. Annexe 1 – Exemples de clauses organisant la fin anticipée des contrats de la commande publique en cas d'impossibilité d'en poursuivre l'exécution

l'aléa). A ce titre, l'un des cas de résiliation visé par le Code de la commande publique est intéressant car il permet de donner une indication de ce que peut être la frontière entre un contrat qui peut être poursuivi et un contrat auquel il doit être mis fin. Les articles L.2195-6 et L.3136-6 dudit code, applicables respectivement aux marchés publics et aux concessions, prévoient que l'acheteur ou l'autorité concédante peut résilier le contrat lorsque son exécution ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions relatives aux cas de modification autorisés. Une résiliation doit donc être envisagée lorsqu'une modification du contrat conduit à en changer la nature globale ou si elle présente un caractère substantiel.

Plus classiquement, **l'insertion d'une telle clause permet de définir les caractéristiques de la situation qui doit être considérée comme rendant impossible l'exécution du contrat**. Nombre de contrats comportent ainsi des clauses relatives à la force majeure, lesquelles visent à identifier et traiter sous un angle spécifique les aléas revêtant les caractéristiques propres d'une telle situation. Au regard de la théorie jurisprudentielle classique, l'identification du cas de force majeure repose d'abord sur les caractéristiques de l'aléa rencontré. Quelles que soient les conséquences attachées à l'existence d'une situation de force majeure (résiliation, suspension du contrat, exonération de responsabilité), en l'absence de clause contractuelle différente, **le régime de la force majeure ne pourra trouver à s'appliquer que si l'aléa peut déjà être caractérisé d'imprévisible et d'extérieur**<sup>3</sup>. Son « irrésistibilité », c'est-à-dire l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat ne constituera pas une condition suffisante à la reconnaissance d'un cas de force majeure. L'intérêt d'une clause contractuelle relative à la force majeure peut alors résider dans une volonté des parties d'aménager contractuellement les conditions permettant de considérer la force majeure comme établie, ou encore de définir, de manière plus adaptée à l'objet du contrat, les critères permettant de l'identifier. Il peut aussi résider dans la volonté d'aménager l'indemnisation du titulaire du contrat, par exemple en prévoyant la compensation intégrale de son manque à gagner.

### A.1.3. Les conditions pouvant être insérées dans une clause de résiliation

L'une des questions essentielles qui se pose lors de la rédaction de la clause est celle de savoir si les parties entendent donner à celle-ci un **caractère obligatoire ou facultatif**. Il convient de déterminer si la résiliation du contrat doit s'imposer aux parties lorsque les conditions prévues par la clause sont remplies ou si elles entendent conditionner la fin anticipée du contrat à leur consentement.

Il convient de ne pas insérer une clause de résiliation dans le cas où le contrat porte sur la continuité du service public, à l'instar du principe posé par le Conseil d'État lorsqu'une clause de résiliation à l'initiative du titulaire du contrat est prévue<sup>4</sup>.

Une telle clause relative à la fin anticipée du contrat pourra utilement décrire le processus d'escalade des mesures à mettre en œuvre par les parties avant de pouvoir constater l'impossibilité de poursuivre le contrat ou encore indiquer quels sont les critères ou indices pouvant être pris en compte pour « mesurer » cette impossibilité, ou préciser les conditions de mise en œuvre de la résiliation en préservant l'impératif de continuité de service public.

Le sort des biens en fin de contrat, qui n'est pas propre à la situation de fin anticipée du contrat, mérite également d'être organisé.

<sup>3</sup> Voir infra, III. C.1.a

<sup>4</sup> CE 8 oct. 2014, *Sté Grenke location*, n° 370644, *AJDA* 2015. 396, F. Melleray ; *BJCP* 2015. 3, concl. G. Pellissier ; *Dr. adm.* 2015, comm. 12, F. Brenet ; *RFDA* 2015. 47, Ch. Pros-Phalippon.

La question de savoir s'il est opportun d'introduire les conditions d'indemnisation éventuelle du titulaire du contrat est à la fois essentielle et délicate. Concernant les principes d'indemnisation, les parties peuvent décider de renvoyer à ceux dégagés par la jurisprudence ou, au contraire, préférer anticiper d'éventuels désaccords sur les principes applicables. L'exemple donné par l'avis du Conseil d'État<sup>5</sup> – et ses recommandations – intervenu sur la question des conséquences indemnitaires de la résiliation par l'État du contrat relatif à la réalisation de l'aéroport Notre-Dame-des-Landes illustre bien les difficultés pouvant être rencontrées, à la fois lorsqu'une clause a prévu certains principes et lorsque toutes les hypothèses n'ont pas été envisagées. En l'espèce, la résiliation à un stade aussi précoce du contrat n'avait pas été envisagée, les conditions d'indemnisation avaient en revanche été définies pour des stades postérieurs. A défaut de définir les principes applicables, il semble au moins nécessaire dans les contrats complexes impliquant un financement par le co-contractant, de donner une qualification à certaines dépenses et coûts exposés par les parties ou susceptibles d'être supportés par elles en cas de fin anticipée du contrat.

## **A.2. L'aléa n'obérant pas le maintien du contrat**

L'objet du présent développement est de s'intéresser au traitement contractuel des aléas lorsque ceux-ci, sans remettre en cause en eux-mêmes le maintien du contrat, nécessitent un dispositif adapté. C'est justement au regard de la possibilité, sinon de la probabilité, d'un événement que les parties ont décidé par l'insertion de clauses adéquates, de se tenir prêtes le moment venu et ainsi permettre une exécution du contrat nominale puisque prévue.

Aussi, après avoir rappelé la nécessité d'une allocation précise des risques (1.), quelques caractéristiques usuelles de clauses contractuelles spécifiques seront présentées (2.).

### **A.2.1. La nécessité d'une allocation précise des aléas**

Il serait vain de vouloir recenser les divers aléas pouvant affecter l'exécution du contrat. D'une part, il n'est pas possible de dresser la liste de l'ensemble des aléas, pour autant d'ailleurs que ceux-ci soient connus. D'autre part, il serait illusoire de chercher à établir une clé de répartition générale de leurs conséquences entre les parties. Cette répartition doit s'opérer au cas par cas, contrat par contrat, en fonction notamment des caractéristiques de celui-ci et de la capacité des parties à prendre en charge les risques associés.

Il appartient donc au contrat d'attribuer à l'une ou l'autre des parties la charge de supporter les conséquences de la réalisation d'un aléa, à moins que les parties décident de partager ce risque selon des modalités adaptées.

Par exemple, dans le contrat de concession du CDG Express, il est explicitement prévu que le concessionnaire assume seul, notamment en termes de retards, de non-obtention, de recours, de retrait et de surcoûts, les risques relatifs aux autorisations nécessaires pour l'exécution de la concession<sup>6</sup>. Cependant, le contrat peut également prévoir que le concédant apporte son appui pour l'obtention de ces autorisations et le déroulement des démarches correspondantes comme le fait le contrat de partenariat de la ligne à grande vitesse Bretagne-Pays-de-la-Loire<sup>7</sup>. Ce second contrat donne un autre exemple de

5 CE, avis, 26 avr. 2018, n° 394398.

6 Clause 10. 1 du contrat de concession Infrastructure ferroviaire du CDG Express.

7 Clause 7. 1 du contrat de partenariat RFF LGV BPL.



l'allocation des risques qui stipule que le titulaire « supporte seul les risques liés aux caractéristiques, notamment géologiques et hydrauliques, des terrains d'emprise » de la ligne<sup>8</sup>. La ventilation des risques s'opère ainsi au gré des parties au sein de l'instrument contractuel.

Cet exercice d'attribution est crucial. Si la réalisation d'un événement est imprévisible il est nécessaire que le contrat soit clair sur la partie qui en assumera la charge. Ce besoin est même fondamental pour le contractant de l'autorité publique pour deux raisons :

- La première tient à ce qu'il est tenu à des obligations au non-respect desquelles est le plus souvent assortie une pénalisation. Il est donc impératif qu'il puisse ne pas encourir celle-ci lorsque ce non-manquement trouve sa cause dans la réalisation d'un aléa hors de son contrôle.
- La seconde est que la rémunération du titulaire, ou au moins ses paramètres essentiels, sont établis en période d'offre et cristallisés lors de la signature du contrat. C'est donc à ce stade que le titulaire, alors candidat, doit avoir déterminé avec précision les aléas dont les conséquences seront réputées s'imputer dans sa rémunération.

On rajoutera à toutes fins utiles que cet exercice nécessite d'autant plus de certitude que la durée du contrat est longue. Cet exercice est tout autant au bénéfice de la personne publique puisqu'une délimitation fine des aléas permet la remise d'une proposition financière ajustée.

### **A.2.2. Quelques caractéristiques usuelles de clauses contractuelles spécifiques**

Le contrat peut prévoir qu'un aléa sera intégralement supporté par l'une ou l'autre des parties.

Il peut aussi reconnaître qu'un aléa, lorsque son intervention a des conséquences sur l'exécution du contrat, nécessite un dispositif de prise en charge particulier au travers d'un régime auquel il donnera le cas échéant un nom (« cause légitime », par exemple).

Faute de pouvoir dresser l'inventaire des aléas traités au travers de clauses de cause légitime, il est possible de citer quelques exemples :

- Retard dans la mise à disposition des terrains au titulaire du contrat ;
- Fait imputable à l'autorité publique ;
- Découvertes de désordres, de servitudes ou de pollutions de sols, découvertes archéologiques ;
- Retard ou annulation d'autorisations administratives pour un motif non imputable au titulaire du contrat ;
- Injonctions judiciaires ou administratives de suspension de l'exécution du contrat pour un motif non imputable au titulaire ;
- Émeutes, risques terroristes ou actes isolés de même nature, actes de vandalisme ou de malveillance ;
- Grève (autre que limitée au titulaire ou ses sous-contractants) ;
- Catastrophes naturelles, inondations, glissements de terrains, séismes, incendies, cataclysmes naturels ;
- Rupture de la chaîne d'approvisionnement ;
- Tempêtes et intempéries ;
- Épidémies et pandémies ;
- Changement de loi.

Cette liste ne se veut pas exhaustive dans le contenu des thèmes rencontrés. Elle ne présume pas plus des termes employés, contrat par contrat, pour qualifier la matérialité de tel ou tel événement.

---

<sup>8</sup> Clause 8. 1, *ibid*.



La clause 15-3 du contrat de concession du CDG Express<sup>9</sup> donne un exemple concret de clause de causes légitimes : elle donne une liste d'événements rentrant dans la qualification. Certains sont très spécifiques au contrat en cause, comme l'absence de réponse de l'Etablissement Public de Sécurité Ferroviaire à la demande d'approbation du dossier préliminaire de sécurité, alors que d'autres sont potentiellement transposables à l'ensemble des contrats de concession comme la suspension juridictionnelle de la concession ou du contrat d'interface.

Il est alors important que le contrat prévoie avec précision les conséquences qui s'attachent à la réalisation d'un tel aléa.

### Trois points doivent retenir l'attention :

- **La reconnaissance du caractère non fautif du manquement contractuel résultant de l'aléa** : Il doit être clair que le titulaire du contrat ne peut faire l'objet de mesures coercitives (notamment pénalités ou déductions de non-performance) et encore moins d'une déchéance lorsque, de par la réalisation de l'aléa, il n'a pu être en mesure de satisfaire ses obligations contractuelles. En ce cas, il y a bien eu manquement mais celui-ci ne peut être regardé comme fautif.
- **Particulièrement lorsque l'objet du contrat porte sur la réalisation de travaux, le report des dates contractuelles de réalisation de travaux et de mise en service de l'objet sous-jacent** : Il est essentiel que celui-ci soit d'une durée permettant de compenser les effets de l'aléa rencontré. Il ne suffit pas, à cette fin, de reporter les dates contractuelles d'une durée égale à celle de l'événement en cause (1 jour de report pour 1 jour de durée d'événement, par exemple) mais de prendre en compte l'intégralité des effets du retard causé par l'événement. En effet, si par exemple une tempête peut durer quelques heures (ou moins), le retard causé par ses dégâts peut être de plusieurs semaines (ou plus). Il convient donc nécessairement que les parties opèrent une appréciation *in concreto* des effets de l'aléa pour que les dates contractuelles associées fassent l'objet d'un report adéquat.

Par exemple, le contrat de partenariat de la ligne Bretagne-Pays-de-la-Loire prévoit un possible report pour une cause extérieure et hors de contrôle du titulaire en tenant compte des retards imputables à la survenue de l'événement considéré<sup>10</sup>. Cependant, des conditions sont posées pour la mise en œuvre d'un tel mécanisme : le titulaire doit démontrer qu'il n'aurait pas pu « prévoir la survenue de la cause par un contrôle des éléments à sa disposition conforme au degré de précision, d'exigence et de diligence requis d'un professionnel expérimenté ». Également, il doit prouver qu'il a mis en œuvre tous les « moyens que l'on peut raisonnablement attendre de la part d'un professionnel de la conception, de la construction, du fonctionnement, de l'entretien, de la maintenance et du renouvellement d'une ligne ferroviaire pour faire face aux conséquences de ladite cause »<sup>11</sup>.

- **La prise en charge des surcoûts et, le cas échéant, des pertes de revenus résultant de la réalisation de l'événement** : Il appartient au contrat de déterminer le régime applicable. Il n'est pas rare qu'il prévoie un partage de risques au travers d'une franchise, soit un montant global toutes causes légitimes confondues en deçà duquel le titulaire du contrat prend en charge les conséquences financières des aléas. C'est le cas dans le contrat du CDG Express qui prévoit

9 Contrat de concession Infrastructure ferroviaire du CDG Express.

10 Clause 14. 2 du contrat de partenariat RFF LGV BPL.

11 *Ibid.*

que le concessionnaire ne prend en charge les surcoûts consécutifs à la survenue d'une cause légitime que dans la limite d'un montant dont le calcul est donné<sup>12</sup>. Une fois ce montant atteint, l'autorité publique assume la charge des conséquences financières de sorte à tenir le titulaire dans une situation ni pire ni meilleure que celle qui aurait été la sienne en l'absence de survenue de l'aléa. Il est à noter que, lorsqu'elle existe, cette franchise ne s'étend pas aux cas où l'évènement est imputable à la personne publique.

Pour que ce régime soit totalement vertueux, il importe que les parties soient alignées et réactives, ce pour quoi il est souvent prévu une « **obligation de minimiser** » à la charge du titulaire. Celui-ci doit, dans les meilleurs délais à compter du moment où il a connaissance de la survenue d'une cause légitime, prévenir la personne publique et son impact connu ou prévisionnel, notamment en termes financiers. En outre, il lui incombe le plus souvent de prendre les mesures raisonnables visant à limiter les conséquences de l'évènement et ce afin d'éviter une aggravation de celles-ci.

Certains aléas peuvent se produire sans que les parties soient en mesure de prévoir des conséquences précises. Ces aléas sont généralement ceux qui, dépassant les risques habituels de retard ou de non-disponibilité usuellement rencontrés, touchent des **hypothèses structurantes ayant servi à bâtir le contrat**. Tel est le cas par exemple lorsque disparaît le club résident d'un stade de football concédé ou qu'une procédure administrative nécessite de revoir la consistance ou le programme de réalisation d'un projet. Dans de telles hypothèses, il n'est pas seulement question de parler d'un éventuel report ou de compensation de surcoûts mais, plus généralement, d'arrêter les mesures nécessaires pour, autant que faire se peut, pallier les difficultés rencontrées et permettre l'exécution du contrat dans les conditions les plus proches de l'équilibre trouvé par les parties. C'est en ce sens qu'il est utile de prévoir une clause de rendez-vous par laquelle les parties se donnent une feuille de route de la manière dont elles devront exécuter le contrat afin de neutraliser les effets de l'aléa.

Il est essentiel que la clause de rendez-vous comprenne certains éléments :

- Un déclencheur précis.
- Un objectif commun : la rencontre n'a d'utilité que pour autant que les parties sont tenues d'arriver à un résultat partagé, leur latitude résidant dans les moyens d'y parvenir. Cet objectif commun doit être clair et ne pas se prêter à l'équivoque. Il peut être notamment celui de placer le titulaire dans une situation qui ne soit ni pire ni meilleure que celle étant la sienne avant l'évènement ayant déclenché le rendez-vous. Il peut encore être le « rétablissement de l'équilibre financier du contrat ».
- Une fenêtre de discussion : si certains contrats se bornent à mentionner que les parties doivent se rencontrer, il importe de fixer un cadre à ces discussions à savoir un début (une rencontre « dans les meilleurs délais » est un bon point de départ) et surtout une fin. Il importe à cet égard, surtout si l'objectif commun visé plus haut n'est pas clair, que les parties aient prévu une issue si les discussions devenaient infructueuses (par exemple prise en charge des surcoûts par une partie ou résiliation du contrat).

<sup>12</sup> Clause 15. 5. b) du contrat de concession Infrastructure ferroviaire du CDG Express.

## B. ADAPTATION DU CONTRAT (AVENANTS)

Le traitement des aléas par le contrat passe en premier lieu par leur anticipation dans le cadre des clauses prévues initialement, qui permettent lorsque les conditions sont réunies, la conclusion d'avenants fortement sécurisés. Cela suppose une forte lucidité dans l'anticipation et une démarche partagée par la personne publique lors de la passation et de la conclusion du contrat.

Il passe en second lieu par l'adaptation du contrat en dehors de cette anticipation, sur le fondement des différents cas prévus par le Code de la commande publique.

Il s'agit ici avant tout d'envisager comment se présentent les règles dans le cadre renouvelé et précisé issu de l'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022<sup>13</sup>, les principes ayant été détaillés dans le précis de l'IGD relatif aux *modifications des contrats de concession et des marchés de partenariat en cours d'exécution* de mars 2022.

### B.1. Les apports de l'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022

L'avis du 15 septembre 2022 envisage le régime des modifications sous trois angles :

- Le principe de la modification des clauses financières ou de la durée d'un marché ou d'un contrat de concession ;
- Les différentes hypothèses de modification des seules clauses financières ou de la durée du marché ou du contrat de concession ;
- L'articulation de la jurisprudence sur l'imprévision avec les dispositions régissant la modification des marchés ou des contrats de concession.

Le premier et le plus attendu des apports de l'avis porte sur la **modification « sèche » des clauses financières**, avec une confirmation claire de ce qu'il ne résulte pas des dispositions du Code de la commande publique que les modifications des marchés et des concessions qu'elles autorisent et encadrent ne peuvent porter que sur les caractéristiques ou les conditions d'exécution des prestations initialement convenues, et non sur les clauses financières, ni qu'elles doivent nécessairement porter sur ces caractéristiques et conditions, de sorte que serait prohibée une modification des seules clauses financières.

L'avis met fin à une conception datée du caractère définitif du prix dans les marchés publics qui avait encore été reprise par la circulaire du 30 mars 2022 qui considérait comme impossible la modification du seul prix en l'absence de changement des caractéristiques ou les conditions d'exécution du contrat. Il précise que rien n'empêche que les modifications portent uniquement, en vue de compenser les surcoûts que le titulaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution.

La même latitude offerte aux parties par les dispositions en vigueur s'agissant de la durée des contrats, le Conseil d'Etat confirmant que les dispositions du Code de la commande publique ne font pas non plus obstacle à la modification de la seule durée du marché ou du contrat de concession.

---

<sup>13</sup> CE, avis, ass., 15 septembre 2022, n° 405540, relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision - NOR : ECOM2217151X. CMP 2022, comm. 284, H.Hoepffner ; RDC 2023. 121, Ch-A. Dubreuil

L'avis souligne cependant qu'une telle modification des conditions financières ne constitue pas un droit opposable pour le cocontractant mais une faculté pour l'acheteur ou l'autorité concédante, rappelant que l'autorité contractante, qui doit veiller au respect de l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics, n'est en aucun cas contrainte de prendre l'initiative ou de les accepter. La bonne foi, même si elle n'est, de façon regrettable, pas formellement reconnue par le juge administratif pourrait tempérer ce principe. Les CCAG de 2021, parce qu'ils comportent tous une clause applicable en cas de circonstances imprévues devraient permettre d'aller en ce sens.

Le deuxième apport de l'avis, **relatif aux différentes hypothèses de modification des seules clauses financières ou de la durée du marché ou du contrat de concession**, conduit le Conseil d'Etat à entrer dans le détail des différents cas de modification prévus par le code.

Ce sont d'abord les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles qui sont envisagées. Le Conseil d'Etat donne une lecture de ce cas fondée sur l'anticipation des aléas par les parties lors de la conclusion du contrat, en posant :

- D'une part, que les dispositions en cause n'ont pas pour objet et ne peuvent avoir pour effet d'assurer au co-contractant la couverture des risques dont il a tenu compte ou aurait dû tenir compte dans ses prévisions initiales et qu'il doit en conséquence supporter,
- D'autre part, que la modification du contrat sur le fondement de ces dispositions n'est possible que si l'augmentation des dépenses exposées par le titulaire ou la diminution de ses recettes imputables à ces circonstances nouvelles ont dépassé les limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la passation du contrat.

Il précise que de telles modifications, même lorsqu'elles ne sont pas substantielles, sont régies par les dispositions des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du Code de la commande publique, qui soumettent, lorsque le contrat est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de chaque modification à un plafond de 50 % du contrat du marché initial.

C'est ensuite le cas des modifications de faible montant, autrement dit, « de minimis », en deçà d'un seuil fixé cumulatif de 10% pour les fournitures et services et les concessions et de 15% pour les marchés de travaux qui est envisagé au regard de la situation spécifique de pertes subies par l'opérateur titulaire.

La grande souplesse qui caractérise ce fondement est soulignée par l'avis, qui énonce que les parties sont libres de procéder, si elles le souhaitent d'un commun accord, à la compensation de toute perte subie par le co-contractant même si cette perte ne suffit pas à caractériser une dégradation significative de l'équilibre économique du contrat initial.

La lisibilité de cette solution est néanmoins troublée, l'avis introduisant dans l'analyse les prévisions qui auraient raisonnablement dû être faite par les parties. Il est ainsi posé que l'autorité contractante doit éviter que les modifications aient pour effet de compenser, même partiellement, la part de l'aggravation des charges qui n'excède pas celle que les parties avaient prévu ou auraient dû raisonnablement prévoir en contractant et qui devrait en conséquence rester à la charge du titulaire.

Le cas des modifications non substantielles est en dernier lieu rappelé pour être écarté ce qui s'explique par le fait qu'il considère que toute modification des conditions financières a nécessairement un caractère substantiel.

Le troisième apport de l'avis conduit le Conseil d'Etat à envisager **l'articulation entre la jurisprudence sur l'imprévision et les dispositions régissant les modifications**, à préciser les « *différents remèdes à la situation résultant de circonstances imprévisibles* ».

Ce volet de l'avis vient utilement rappeler que les modifications du contrat peuvent concerner :

- Les caractéristiques et conditions d'exécution des prestations,
- Les prix ou les tarifs, leur montant ou les modalités de leur détermination,
- La durée initialement convenue,
- L'introduction d'une clause de variation des prix ou de réexamen si le contrat n'en contient pas ou l'évolution d'une clause de variation existante qui se serait révélée insuffisante.

Le Conseil d'État rappelle qu'un même marché ou contrat de concession peut faire l'objet d'autant de modifications d'un montant maximal, chacune, de 50 % du montant du contrat initial qu'il y a d'événements imprévisibles distincts dont le déficit d'exploitation est la conséquence directe.

L'analyse renouvelée, dans un contexte de fortes tensions économiques, des règles de modifications des contrats livrée par le Conseil d'État dans l'avis du 15 septembre 2022, en dépit des limites et conditions qu'elle ne pouvait manquer de comporter, va dans le sens d'une facilitation de l'adaptation des contrats aux aléas, de l'explicitation d'une certaine et nécessaire souplesse pour les parties, en premier lieu avec le rappel (attendu) de la faculté des modifications sèches des clauses financières.

## B.2. Les autres solutions d'adaptation du contrat

Après avoir examiné les solutions proposées par l'avis du Conseil d'État du 25 septembre 2022, il convient d'envisager dans un second temps, d'autres outils qui n'auraient pas été dégagés dans l'avis précité et qui pourraient être utiles à la résolution d'un événement perturbant l'exécution d'un contrat.

Le Code de la commande publique prévoit des dispositions spécifiques permettant la modification du contrat en cours d'exécution (**B.2.1**). Les CCAG permettent également aux parties d'adapter le contrat (**B.2.2**).

### B.2.1. Les modifications prévues par le Code de la commande publique

Le Code de la commande publique prévoit différents cas possibles de modification du contrat. L'intégralité du dispositif ne sera pas étudiée dans ce Précis. Il convient de se référer au Précis N°3 sur la « Modification des contrats de concession et des marchés de partenariat en cours d'exécution » publié en mars 2022.

### B.2.2. Les possibilités de modification du contrat prévues par les CCAG

Tout d'abord, la survenue d'un aléa nécessitant l'adaptation du contrat peut être prévue par les parties soit dans le CCAP<sup>14</sup>, soit dans un CCAG<sup>15</sup>. Les CCAG « *fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés* »<sup>16</sup>. Rappelons que les acheteurs qui souhaitent faire référence à un CCAG doivent le mentionner expressément dans les documents particuliers du marché.

**Modification de la législation ou de la réglementation.** Des événements susceptibles d'amener les parties à se rapprocher sont ainsi prévus, par exemple en cas de modification imprévisible de la législation ou réglementation applicables en cours d'exécution du marché ayant un impact sur les coûts :

14 Cahier des clauses administratives particulières

15 Cahier des clauses administratives générales

16 Article R. 2112-2 CCP.

« En cas de *modification imprévisible de la législation ou réglementation applicables en cours d'exécution du marché ayant un impact sur les coûts, les parties conviennent de se rencontrer pour évaluer l'impact financier de cette modification et le cas échéant formaliser par voie d'avenant la modification rendue nécessaire* »<sup>17</sup>. Une clause de revoyure a été introduite dans le CCAG Travaux en 2021.

**Suspension de l'exécution du contrat** : L'ensemble des CCAG prévoit la possibilité pour les parties de suspendre l'exécution du marché en cas de survenue de circonstances imprévues :

- Dans le CCAG-T à l'article 53.3 ;
- Dans le CCAG MOE à l'article 25.2 ;
- Dans le CCAG FCS à l'article 24 ;
- Dans le CCAG PI à l'article 24 ;
- Dans le CCAG MI à l'article 24 ;
- Dans le CCAG TIC à l'article 26.

Il s'agit des cas où, lorsque la poursuite de l'exécution du marché est rendue temporairement impossible à cause d'une circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou dans son ampleur<sup>18</sup>, la suspension de tout ou partie des travaux ou des prestations est prononcée par le maître d'ouvrage<sup>19</sup>. Lorsque la suspension est demandée par le titulaire, le maître d'ouvrage<sup>20</sup> se prononce sur le bien-fondé de cette demande dans les meilleurs délais.

Les parties conviennent, dans un délai adapté aux circonstances et qui ne saurait excéder quinze jours à compter de la décision de suspension des travaux ou des prestations, des modalités de constatation des ouvrages<sup>21</sup> ou des prestations exécutées, ainsi que, le cas échéant, du maintien d'une partie des obligations contractuelles restant à la charge du titulaire pendant la suspension.

Dans un délai raisonnable, les parties conviennent aussi des modalités de reprise de l'exécution et, le cas échéant, des modifications à apporter au marché du fait de la suspension et des modalités de répartition des surcoûts directement induits par cette suspension.

A défaut d'accord entre les parties, le titulaire est tenu, à l'issue de la suspension, de reprendre l'exécution des prestations dans les conditions prévues par le marché et le désaccord est réglé dans les conditions mentionnées à l'article du CCAG régissant le règlement des différends.

En pratique, les parties pourront trouver utile de suspendre l'exécution d'un marché en cas de très forte hausse des coûts de la matière première utile à l'exécution du marché, le temps, soit que les prix de la matière première baisse, soit de trouver une solution technique alternative.

**La prolongation de la durée du contrat** : Les parties peuvent prolonger la durée du marché en cas de survenue de circonstances imprévues. La prolongation de la durée du marché permet à l'opérateur de se voir confier davantage de prestation et trouver un équilibre économique du marché par l'augmentation des quantités commandées. Elle peut notamment avoir pour effet de permettre au titulaire d'un marché d'amortir une hausse des coûts temporaire sur la durée totale du marché.

17 Article 9.1.1 du CCAG travaux 2021.

18 Ou du fait de l'édition par une autorité publique de mesures venant restreindre, interdire, ou modifier de manière importante l'exercice de certaines activités en raison d'une telle circonstance.

19 Dans le cadre du CCAG MI, la suspension est prononcée par l'acheteur.

20 Dans le cadre du CCAG MI, l'acheteur se prononce sur le bien-fondé de cette demande.

21 Ainsi que des parties d'ouvrages exécutées, des matériaux approvisionnés et des immobilisations de matériels et de personnels (Article 53.3 du CCAG-T).



Dans le cas des accords-cadres à bons de commande ou à marchés subséquents, l'acheteur devra se montrer vigilant et respecter les conditions de durée des accords-cadres posées par le Code de la commande publique et se limiter à 4 ans, ou veiller à ce que le dépassement de cette durée ne méconnaisse pas ses obligations de publicité et de mise en concurrence<sup>22</sup>.

## C. FIN CONCERTÉE DU CONTRAT

En principe, la fin des relations contractuelles se fait par l'accomplissement par chacune des parties contractantes des obligations qui lui incombent en vertu des termes du contrat conclu. Ainsi, le contrat peut prendre fin soit par l'exécution de l'objet du contrat (quantité, qualité), soit par l'expiration de la durée prévue pour cette exécution, soit par les deux ensembles.

Toutefois, le contrat peut aussi prendre fin en dehors des hypothèses précitées notamment dans le cadre :

- D'une résiliation amiable ;
- D'une résiliation en cas de force majeure ;
- D'une résiliation pour faute d'une gravité suffisante du co-contractant ;
- Ou encore pour motif d'intérêt général.

Si la résiliation pour faute ou pour motif d'intérêt général est largement commentée par la jurisprudence ou la doctrine, la résiliation amiable ne l'est guère alors même que ce principe relève de la liberté contractuelle. Ce silence est sans doute lié au peu de contentieux autour de cette notion. Seules l'étendue et les modalités de l'indemnisation du co-contractant ont fait l'objet de décisions<sup>23</sup>.

Or, comme tout acte juridique, le contrat administratif est élaboré en considération d'une certaine situation de fait qui est sujette à évolution. Le changement de circonstances peut être normal et ne pas créer de difficultés particulières d'exécution, mais il peut aussi dépasser les prévisions des parties. Selon le type et la gravité des difficultés, les parties peuvent souhaiter anticiper le terme du contrat pour éviter d'aggraver une situation jugée complexe.

### C.1. La force obligatoire du contrat et la résiliation amiable

La crise du Covid-19, l'état d'urgence sanitaire, les crises financières ou les aléas climatiques ont mis à l'épreuve **l'exécution de nombreux contrats** : le respect de certains délais a été compromis, l'accomplissement de certaines prestations a été rendu plus difficile ou onéreux fragilisant d'autant les contrats conclus. Le droit positif ayant donné au contrat la même force que la loi elle-même, en affirmant que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* »<sup>24</sup>, chaque partie est en droit d'en exiger le respect par son co-contractant et d'en solliciter l'exécution, y compris devant le juge, dans l'hypothèse où le co-contractant ne s'y conformerait pas spontanément.

Ce principe de la force obligatoire du contrat suppose par ailleurs son **intangibilité**, c'est-à-dire la fixité des termes et conditions arrêtés entre les parties et l'obligation pour chacune d'elles de respecter ses engagements irrévocablement donnés, pendant toute la durée d'exécution de la convention.

22 Article L. 2125-1 CCP.

23 CE, 5 déc. 1986, Syndicat intercommunal de distribution d'eau de la corniche des Maures, n° 49345, Rec. 274 ; CE 16 décembre 2022, SNC Grasse-vacances, n° 455186 : publié au Rec. CE

24 Article 1103 du Code civil.

Il n'implique en revanche pas que, une fois conclu, le contrat ne puisse pas être modifié par les parties notamment en cas d'imprévision. Au contraire, ce que les parties ont fait conjointement, elles peuvent le défaire de la même manière. Ce **principe du mutus dissensus** est défini à l'article 1193 du Code civil : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ».

Il n'est autre que le corollaire de la force obligatoire. Tout autant que la formation du contrat suppose la rencontre des volontés, sa révocation ou sa résiliation amiable suppose cette même rencontre des volontés aussi bien pour les contrats privés que pour les contrats publics.

Dans un contexte de hausse des prix de certaines matières premières, la circulaire du 22 septembre 2022 envisage la possibilité de résilier le contrat à l'amiable faute d'accord sur les conditions de poursuite du contrat. Il est ainsi rappelé que la fin concertée d'un contrat peut permettre aux parties de se délier de leurs engagements d'un commun accord, lorsqu'ils sont devenus intenable. Engagée de manière immédiate ou différée, la résiliation à l'amiable ne prive par ailleurs pas nécessairement le titulaire du bénéfice d'une indemnité compensatoire lorsque les conditions sont réunies.

## C.2. L'indemnisation en cas de résiliation amiable

Par un arrêt *Société Grasse Vacances* du 16 décembre 2022, le Conseil d'Etat a précisé **l'étendue et les modalités de l'indemnité du co-contractant dans le cas d'une résiliation amiable**. Si les parties à un contrat sont libres de déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnités du co-contractant en cas de résiliation amiable du contrat, ce droit s'exerce « *sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment de la personne publique, l'allocation au cocontractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat* »<sup>25</sup>.

Le contrôle du juge s'est donc incontestablement renforcé depuis cette décision, puisqu'il ne s'attache désormais plus uniquement à s'assurer de l'absence de disproportion manifeste<sup>26</sup> de l'indemnisation du co-contractant mais impose que l'indemnité allouée ne soit pas supérieure au préjudice subi par le co-contractant ce qui prive les parties d'une partie de leur liberté contractuelle et d'une marge intéressante de négociation qui permettait de favoriser ces résiliations amiables.

Au-delà de cette nouvelle brèche dans la liberté contractuelle, et donc du traitement des conséquences des aléas par le contrat, la question qui se pose est de savoir si les parties doivent observer un certain parallélisme des formes, lorsqu'elles envisagent conjointement une résiliation d'un contrat administratif.

25 CE 16 déc. 2022, *Sté. Grasse Vacances*, n° 455186 ; AJDA 2023. 672, J. Bousquet. Comparer avec CE, 4 mai 2011, *CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, n°334280 qui laissait la liberté de fixer l'indemnité dans la limite de d'une disproportion manifeste au détriment de la personne publique.

26 CE, 4 mai 2011, *CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, n°334280 : Précédemment, les juges du Palais Royal considéraient qu'une résiliation ne pouvait intervenir que « sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé ». Cette expression « disproportion manifeste » permettait, théoriquement, à l'administration d'indemniser son co-contractant au-delà du préjudice subi. En effet, seule une indemnisation « manifestement disproportionnée » octroyée au co-contractant était sanctionnée par le juge administratif.



### C.3. Les modalités de la résiliation amiable

La résiliation peut intervenir **soit dans le cadre d'une transaction** au sens de l'article 2044 du Code civil (cf infra le contentieux entre les parties au contrat), **soit par avenant**.

La transaction ne peut être conclue qu'en **présence d'un différend**. Cela ressort de l'article L. 423-1 CRPA : « ainsi que le prévoit l'article 2044 du Code civil, ... il peut être recouru à une transaction pour terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître avec l'administration »<sup>27</sup> ainsi que de la jurisprudence. Un récent arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille le souligne : « *Le contrat approuvé par la délibération attaquée, qui a pour objet de prévoir la résolution amiable d'un contrat, ne peut s'analyser comme un contrat de transaction, lequel a pour seul objet, en vertu de l'article 2052 du code civil, de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naître. Les parties ne peuvent donc utilement invoquer la méconnaissance des règles s'imposant à de telles conventions* »<sup>28</sup>.

L'avenant permet au contraire de résilier le contrat en dehors de tout contentieux. La résiliation est alors plus consensuelle, puisqu'elle ne trouve pas sa source dans une contestation née ou à naître. Cette résiliation ne fait appel à aucune faculté particulière des parties, qui échangent sur un pied d'égalité. Aucune des parties n'est tenue d'accepter cette résiliation.

## D. CONTENTIEUX

### D.1. Les recours

#### D.1.1. Les recours indemnitaires pour inexécution du contrat

Le contentieux de l'exécution est varié.

Il permet, en premier lieu, de **sanctionner les manquements contractuels**, lesquels peuvent être très variés puisque dépendant des obligations fixées par les termes du contrat. Ce contentieux est ouvert même lorsqu'aucune sanction n'est applicable : le non-respect d'une obligation contractuelle conduit au versement d'indemnités par la partie n'ayant pas respecté ses obligations contractuelles. Cette partie peut être l'administration, dont les fautes de la personne publique peuvent être de nature très variée (non-exécution de ses obligations, mauvaise exécution, retard dans cette exécution, manquement à ses obligations financières, exercice illégal de ses prérogatives contractuelles...). Les recours indemnitaires sont parfois assimilés à une exécution du contrat par équivalent (même si cela est discuté). Ils peuvent être isolés quand il est demandé au juge le paiement de dommages et intérêts fondés sur la responsabilité contractuelle pour faute – de la personne publique ou de son co-contractant – ou sans faute – mise en œuvre régulière du pouvoir de modification unilatérale, indemnité pour imprévision, fait du prince, sujétions imprévues. Ils sont parfois le complément d'autres demandes.

Il permet en second lieu de **contester les mesures d'exécution émanant de la personne publique** (ex. sanction, modification). En principe, le co-contractant de l'autorité publique ne peut demander l'annulation des mesures d'exécution du contrat décidées par l'autorité publique<sup>29</sup>. Il ne peut exercer qu'un

27 V. aussi Circ. 7 sept. 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, JO 18 sept., p. 15230.

28 CAA de Marseille, 6ème chambre, 17 avril 2023, 22MA03094

29 V. notamment CE 24 novembre 1972, *Sté ateliers de nettoyage de Fontainebleau*, p.763 ; CE 15 nov. 2017, *Sté Les Fils*

recours indemnitaire. Il peut rechercher si ces mesures sont intervenues dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité. Par voie de conséquence, le titulaire ne peut pas exercer de référé suspension contre une mesure ou un refus d'exécution du contrat alors même que ces actes pourraient avoir de graves conséquences financières.

### D.1.2. Le recours en contestation de validité de l'avenant

Lorsque la modification prend la forme d'un avenant (conclu après le 4 avril 2014, y compris s'il modifie un contrat signé avant cette date), les tiers ont la faculté de le contester devant le juge administratif en exerçant un **recours en contestation de validité du contrat**<sup>30</sup> dans les conditions fixées par l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*<sup>31</sup>.

Rien n'interdit non plus à l'une des parties d'exercer un **recours en contestation de validité de l'avenant**<sup>32</sup> dans les conditions fixées par l'arrêt *Commune de Béziers*<sup>33</sup>.

### D.1.3. Le recours en excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat administratif introduit par les tiers

Les clauses réglementaires intéressent les tiers en ce qu'elles « **ont, par elles-mêmes, pour objet, l'organisation ou le fonctionnement d'un service public** » et elles ont été identifiées la première fois dans la concession. Elles sont les clauses d'un contrat à objet de service public qui produisent des effets juridiques directs sur des tiers au contrat (ex. usagers), sans les désigner individuellement comme bénéficiaires. Elles ont une portée générale et impersonnelle (à l'instar d'un acte unilatéral). Tel est le cas des clauses fixant les conditions de l'évolution des tarifs des redevances aéroportuaires, des clauses qui définissent l'objet de la concession et les règles de desserte, ainsi que celles qui définissent les conditions d'utilisation des ouvrages et fixent les tarifs des péages applicables sur le réseau concédé<sup>34</sup>.

Cela explique les règles afférentes à leur contentieux. Elles sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Ce recours peut être exercé à l'occasion d'un recours contre une mesure relative à l'exécution du service par un cocontractant (ex. refus de l'administration de faire exécuter une telle clause)<sup>35</sup>, par voie d'exception<sup>36</sup> ou à l'appui d'un recours en responsabilité<sup>37</sup>. La jurisprudence *Alitalia* relative à l'obligation pour la personne publique d'abroger les actes réglementaires illégaux, sans condition de délai, s'appliquant aux clauses réglementaires d'un contrat, un tiers est ainsi recevable à demander l'annulation du refus d'abroger des dispositions réglementaires en raison de leur illégalité.

Il peut aussi être exercé par voie d'action depuis l'arrêt d'Assemblée du 10 juillet 1996, *Cayzele*<sup>38</sup>.

de Mme Géraud, n° 402794.

30 CE 20 nov. 2020, *Assoc. Trans'Cub*, n° 428156, *CMP* 2021, comm. 62, G. Eckert ; *BJCP* 2021. 141, concl. M. Le Corre ; *CAA Douai*, 3 mai 2018, n° 15DA01301.

31 CE, ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n°358994.

32 *CAA Marseille*, 29 janv. 2018, n°16MA03330.

33 CE 28 décembre 2009, *RFDA* 2010. 506, concl. E. Glaser, note D. Pouyaud ; *AJDA* 2010. 142, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi ; *RJEP* 2010, comm. 30, J. Gourdou et Ph. Terneyre.

34 CE, 27 janv. 2023, n° 462752.

35 CE 21 déc. 1906, *Syndic. Quartier Croix de Seguey-Tivoli*, *Lebon* 962.

36 CE 11 avr. 1919, *Cie gén du gaz pour la France et à l'étranger*, *Lebon* 377.

37 CE, sect., 7 nov. 1958, *Sté Électricité et Eaux de Madagascar*, *Lebon* 530.

38 N° 138536, *AJDA* 1996. 732, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *RFDA* 1997. 89, P. Delvolvé.

L'arrêt Département de Tarn-et-Garonne n'a pas modifié cet état du droit. Il précise expressément que le nouveau recours qu'il définit existe « indépendamment » des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat. Autrement dit, la jurisprudence *Cayzeele* demeure en vigueur : les clauses réglementaires contenues dans un contrat administratif, divisibles de l'ensemble de celui-ci peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir introduit par un tiers au contrat y ayant intérêt c'est-à-dire faisant l'objet d'une atteinte directe et certaine à ses intérêts<sup>39</sup>. Cela signifie que le requérant qui souhaite contester à la fois une clause réglementaire et le contrat doit former deux recours distincts ou présenter conjointement des conclusions à fin d'annulation en excès de pouvoir et des conclusions propres au juge du contrat.

L'efficacité de ce recours a été renforcée par la jurisprudence aux termes de laquelle **les clauses réglementaires d'un contrat sont par nature divisibles de l'ensemble du contrat**<sup>40</sup>, ce qui en facilite la recevabilité. Il convient toutefois d'en relativiser l'impact réel car en elle-même, l'annulation est sans effet sur le contrat. L'illégalité d'une clause réglementaire entraîne son annulation, le cas échéant avec un effet différé<sup>41</sup>. La solution contraire entrerait en contradiction avec l'interdiction d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre le contrat : il suffirait d'invoquer l'illégalité d'une clause réglementaire pour obtenir l'annulation en excès de pouvoir de l'ensemble d'un contrat. La question peut se poser de savoir comment un contrat peut continuer à être exécuté en étant amputé d'une clause réglementaire. Si la clause est essentielle pour les parties, à défaut d'accord entre elles, l'une d'elles saisira sans doute le juge du contrat afin qu'il tire les conséquences de l'annulation de ladite clause. Si elle est essentielle pour les tiers, la question se pose de savoir si un tiers peut demander au juge de l'exécution qu'il ordonne à l'administration, le cas échéant sous astreinte, soit de tirer les conséquences de l'annulation, soit de saisir le juge du contrat. Le juge fait application de la jurisprudence *Danthony* lorsqu'il est saisi d'un tel recours pour excès de pouvoir. Il peut écarter un moyen fondé sur un vice de procédure pour faire échapper la clause à l'annulation<sup>42</sup>.

## D.2. La conclusion d'un accord entre les parties sous forme de transaction

Les parties à un contrat peuvent souhaiter éviter la voie contentieuse et conclure entre elles une transaction qui a pour objet de mettre un terme au litige né ou à naître entre elles du fait des conséquences des aléas qui sont survenus sur l'exécution du contrat. Elle est un « **contrat** par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître » (C. civ., art. 2044 ; CRPA, art. L. 423-1). Elle comporte ainsi nécessairement des concessions réciproques (faute de quoi elle serait dépourvue de cause). Cette exigence permet de **distinguer la transaction de l'accord de médiation** : seule la première est soumise au régime des concessions réciproques du Code civil. L'accord de médiation, non transactionnel, ne connaît comme impératifs que ceux de ne pas porter atteinte à des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition et de respecter l'ordre public.

Elle comporte par ailleurs une renonciation à recours des parties contre la transaction. Depuis l'adoption de la loi du 18 novembre 2016, l'article 2052 indique que « la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ». L'existence d'une transaction constitue une fin de non-recevoir empêchant toute nouvelle action.

39 CE 9 févr. 2018, *Cté Agglo. Val d'Europe Agglomération*, n° 404982 ; CE 9 oct. 2020, *Cne de Montpellier*, n° 422483, *CMP* 2020, comm. 346, J. Diethoeffer.

40 CE 8 avr. 2009, *Alcaly*, n° 290604 ; CE 31 juill. 2009, *Sté Les Sables d'Or*, n° 303876 ; CE 9 févr. 2018, *Cté Agglo. Val d'Europe Agglomération*, n° 404982.

41 CE 31 juill. 2009, *Ville de Grenoble*, n° 296964.

42 CE 30 juin 2016, *Syndic. des compagnies aériennes autonomes*, n° 393805.

Une transaction a le plus souvent d'autres objets : (i) elle règle les conséquences financières des aléas pour chacune des parties et constitue ainsi une convention d'indemnisation et (ii) elle peut modifier le contrat et ainsi constituer un avenant<sup>43</sup>.

Sur le plan formel, elle doit respecter le formalisme particulier associé à ce type de convention, en particulier, pour l'Etat, le chapitre III, du titre II du livre IV du Code des relations entre le public et l'administration.

### La transaction n'empêche toutefois pas tout contentieux.

Entre les parties, elle peut donner lieu à un recours indemnitaire en cas d'inexécution.

Les parties et en particulier l'Administration peuvent également souhaiter faire procéder à son homologation par le juge administratif. L'homologation peut avoir lieu dans le cadre d'un recours juridictionnel, y compris à l'occasion d'un pourvoi en cassation. Elle peut également avoir lieu en dehors de tout litige<sup>44</sup>. Le juge exerce alors un contrôle normal, plus approfondi que celui du juge judiciaire qualifié de « léger », « formel », ou « minimum ». Cette homologation confère à la transaction force exécutoire (elle ouvre la possibilité d'user des voies d'exécution).

Une transaction peut enfin faire l'objet d'un recours formé par tout tiers intéressé, y compris les élus d'opposition au sein de l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale (v. *supra*).

Dans le cadre de l'examen d'une homologation ou d'un recours d'un tiers, le contrôle du juge administratif le conduit à vérifier que la transaction **ne déroge pas à l'ordre public et en particulier qu'elle respecte** le principe d'interdiction pour la personne publique de consentir des libéralités<sup>45</sup> ou le principe d'interdiction pour la personne publique de payer une somme qu'elle ne doit pas<sup>46</sup>. Ainsi, alors que les personnes privées sont libres, à l'occasion d'une transaction, de verser une indemnité disproportionnée, les personnes publiques ne peuvent verser une indemnité **manifestement disproportionnée**<sup>47</sup>.

Le contrôle du juge sur le respect de ce principe a récemment évolué à l'occasion d'un litige relatif à une indemnisation amiable. Après avoir longtemps admis qu'une indemnisation ne pouvait conduire au versement d'une indemnisation caractérisant une disproportion manifeste entre l'indemnité consentie et le montant du préjudice subi par le co-contractant au détriment de l'administration<sup>48</sup>, le juge a resserré son contrôle<sup>49</sup>. Il juge désormais *que les parties peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du co-contractant en cas de résiliation amiable du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment de la personne publique, l'allocation au co-contractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat*.

Elles peuvent donc déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité en cas de résiliation amiable du contrat **à la seule condition que l'indemnité allouée n'excède pas la somme du montant du préjudice subi par le co-contractant du fait de la résiliation et des dépenses exposées et non couvertes du fait de la résiliation**.

43 Dans ce dernier cas, l'avenant transactionnel doit respecter le formalisme associé.

44 CE avis 6 déc. 2002, Syndicat international des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses, n° 249153

45 CE 17 mars 1893, *Chemins de fer de l'Est*, D. 1894. 119, concl. Romieu.

46 CE, 19 mars 1971, *Mergui*, p. 235

47 CE 22 juin 2012, *CCI de Montpellier*, n° 348676.

48 CE, 4 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, n° 334280

49 CE du 16 décembre 2022, *Société Grasse Vacances*, n° 455186

**Le contrôle global au regard de la disproportion manifeste fait ainsi place à un contrôle entier et détaillé du caractère excessif ou non de l'indemnisation de chaque préjudice subi par le co-contractant.** Ce faisant, le Conseil d'État s'aligne sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel au regard du respect du principe d'égalité devant les charges publiques et d'exigence de bon emploi des deniers publics<sup>50</sup>.

Si cette jurisprudence paraît devoir s'appliquer à l'ensemble des contrats conclus par une personne publique, notamment aux contrats de la commande publique, que des conditions d'indemnisation soient ou non contractualisées, elle pourrait **cependant ne pas s'appliquer aux transactions** pour lesquelles le rapporteur public, dans ses conclusions sur l'arrêt *Sté. Grasse Vacances* a suggéré le maintien d'un contrôle restreint du juge à la disproportion manifeste du montant global d'indemnisation consentie à titre transactionnel, tout en préfigurant une évolution quant à l'appréciation de chaque préjudice pris isolément. La jurisprudence antérieure continuerait ainsi à s'appliquer<sup>51</sup>. Le juge continuerait à exercer un contrôle restreint sur le *quantum*, n'exigeant pas que la somme fixée soit égale à celle qu'il aurait fixée. Il distinguerait ainsi la libéralité et l'indemnité manifestement disproportionnée : la première est constituée dès lors que l'indemnité accordée par l'administration est manifestement disproportionnée par rapport à ce qu'elle obtient en contrepartie. Il interdirait donc les libéralités sans priver les parties de la marge d'appréciation qui peut s'avérer nécessaire pour conclure la transaction.

Toutefois, ainsi que le relève la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique dans sa lettre de jurisprudence, « *si une telle évolution venait à être expressément confirmée, la question de la qualification d'un accord indemnitaire en accord transactionnel ou non deviendra centrale d'un point de vue juridique mais aussi opérationnel. En effet, de cette qualification dépendra non seulement l'étendue du contrôle du juge mais surtout les marges de manœuvre de la personne publique pour négocier l'indemnité consentie* »<sup>52</sup>.

50 Décision n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011 Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel

51 CE, 9 décembre 2016, *Société foncière Europe*, n° 391840

52 La Lettre de la DAJ n°350-Commande-Publique-CE-16-12-2022 :

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/publications/lettre-daj/2023/350/350-Commande-Publique-CE-16-12-2022.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/publications/lettre-daj/2023/350/350-Commande-Publique-CE-16-12-2022.pdf)

# **PARTIE III**

## **TRAITEMENT EXTRA CONTRACTUEL DES ALÉAS**

## A. LES TEXTES PARTICULIERS RÉSULTANT DE L'ÉPIDÉMIE DE COVID-19

L'ordonnance du 25 mars 2020 a notamment pour objet d'adapter le droit de la commande de publique à l'épidémie de covid<sup>1</sup>. Son intérêt n'est pas purement historique.

D'une part, certaines de ses dispositions ont été introduites dans le Code de la commande publique par la loi ASAP du 7 décembre 2020 et pourront s'appliquer en cas de « circonstances exceptionnelles »<sup>2</sup>. Pour qu'il en soit ainsi :

- Il faudra une loi « *tendant à reconnaître l'existence de circonstances exceptionnelles ou à mettre en œuvre des mesures temporaires tendant à faire face à de telles circonstances* ;
- Et si ces circonstances affectent notamment les conditions d'exécution des contrats, un décret pourra décider de l'application de tout ou partie des dispositions pérennisées dans le Code de la commande publique pour une durée maximale de 2 ans. Au-delà, une loi sera nécessaire.

D'autre part, l'ensemble des dispositions de l'ordonnance restent encore susceptibles d'être appliquées. Il convient donc de présenter le champ d'application, puis d'en distinguer les dispositions selon qu'elles ou non été pérennisées dans le Code de la commande publique.

### A.1. Champ d'application de l'ordonnance du 25 mars 2020

#### A.1.1. Champ d'application dans le temps : contrats conclus jusqu'au 23 juillet 2020 inclus

Dans sa rédaction d'origine, l'ordonnance devait s'appliquer aux contrats en cours et à ceux conclus pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire augmentée d'une durée de 2 mois, ce qui correspondait alors aux contrats conclus jusqu'au 23 juillet 2020. Bien que l'état d'urgence ait par la suite été prolongé, l'ordonnance n°2020-560 du 13 mai 2020 a modifié l'article 1<sup>er</sup> pour arrêter définitivement la date du 23 juillet 2020.<sup>3</sup> C'est donc la date butoir du 23 juillet 2020 qui est retenue pour déterminer les contrats entrant dans le champ d'application de l'ordonnance. En outre, l'ordonnance n'est « *mise en œuvre que dans la mesure où les dispositions sont nécessaires pour faire face aux conséquences (...) de la propagation de l'épidémie de covid* » (art. 1<sup>er</sup>). Or, ces conséquences sont susceptibles de se manifester au-delà du 23 juillet 2020. Ainsi, comme le relève la DAJ, les dispositions de l'ordonnance « *peuvent toujours être mobilisées jusqu'au terme du contrat, dès lors que celui-ci a été conclu avant le 24 juillet 2020 et que les difficultés rencontrées résultent de l'épidémie de covid-19 ou des mesures prises pour lutter contre sa propagation* »<sup>4</sup>.

1 Ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de procédure et d'exécution des contrats publics pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19.

2 Loi n°2020 – 1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de la commande publique (article 132 créant dans chacune des 2 Parties du Code de la commande publique un Livre consacré aux circonstances exceptionnelles, l'un applicable aux marchés, l'autre aux concessions).

Pour les marchés, voir art. L 2711-1 et suivants.

Pour les concessions, voir art. L 3411-1 et suivants.

3 A l'exception des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance, relatives au versement des avances dans les marchés publics, qui sont restées applicables pour les contrats en cours ou conclus pendant la période de l'état d'urgence augmentée d'une durée de 2 mois. L'article 5 s'applique donc aux contrats conclus jusqu'au 10 septembre 2020 inclus (voir Fiche technique DAJ du ministère de l'Economie et des finances sur l'ordonnance du 25 mars 2020, mise à jour du 04/01/2021).

4 Fiche technique DAJ précitée. Voir égal ; Rép. Minist. (JO 23/02/2021 p. 1704 – Question n°34737)



### A.1.2. Application non exclusive de l'ordonnance en cas de difficulté d'exécution des contrats liées à l'épidémie de Covid-19

L'ordonnance n'a pas le monopole du traitement des difficultés d'exécution des contrats en raison de l'épidémie de Covid-19.

Son article 6 relatif aux mesures prises pour faire face aux difficultés d'exécution précise que ses dispositions « *s'appliquent, nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat* ». Pour la DAJ, « *en dehors des hypothèses mentionnées dans l'ordonnance, les stipulations contractuelles s'appliquent et, dans le silence du contrat, les conditions d'indemnisation des parties sont celles issues de la jurisprudence* ».<sup>5</sup> Il faut préciser ce propos, puisqu'en application de l'article 6, même pour les hypothèses mentionnées dans l'ordonnance, l'application du contrat s'impose si ses stipulations sont plus favorables à son titulaire que celles fixées par l'ordonnance.

## A.2. Dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 non reprises au Code de la commande publique

### A.2.1. Mesures relatives aux marchés publics

Deux mesures n'ont pas été reprises dans le Code de la commande publique.

D'une part, l'obligation pour l'acheteur, en cas de « suspension »<sup>6</sup> d'un marché, de régler sans délai toutes les sommes initialement prévues (art. 6.4°).

D'autre part, la résiliation d'un marché ou l'annulation d'un bon de commande, « *en conséquence des mesures prises par les autorités compétentes dans le cadre de l'état d'urgence* ». Dans cette hypothèse, le titulaire du marché est indemnisé à hauteur des « *dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié* » (art.6.3). Cette rédaction est plus restrictive que le droit commun applicable en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, puisque l'ordonnance mentionne seulement les dépenses engagées et non le manque à gagner subi par le titulaire du marché. Il est vrai que dans l'hypothèse visée par l'ordonnance, la résiliation du marché ne résulte pas de la volonté de l'acheteur qui se borne à tirer les conséquences d'une mesure prise par une autre autorité dans le cadre de l'état d'urgence. La DAJ considère toutefois que « *cette disposition de l'ordonnance ne fait pas obstacle à une indemnisation complémentaire du titulaire au titre de son manque à gagner du fait de l'inexécution de prestations en application de la jurisprudence administrative en cas de résiliation pour un motif d'intérêt général* »<sup>7</sup>. La solution proposée par la DAJ a le mérite de ne pas placer le titulaire du marché dans une situation plus défavorable que celle prévue par le droit commun. Mais on peut alors s'interroger sur l'intérêt de cette disposition de l'ordonnance, qui pourrait même être de nature à semer le trouble sur l'étendue précise du droit à réparation en cas de résiliation pour motif d'intérêt général<sup>8</sup>.

5 Fiche technique DAJ du ministère de l'Économie et des Finances précitée.

6 Sur la question de la suspension, voir les observations qui suivent sur la suspension des contrats de concession.

7 Fiche technique DAJ du ministère de l'Économie et des Finances précitée.

8 Voir C. Frackowiak précité, p. 167 : « (...) cette disposition ne semble pas, par elle-même s'opposer à l'indemnisation du manque à gagner en cas de résiliation pour motif d'intérêt général mais semble davantage la compléter. Telle est d'ailleurs l'interprétation soutenue par les auteurs de l'ordonnance (...) ».



## A.2.2. Mesures relatives aux contrats de concession

### A.2.2.1. Suspension du contrat de concession

L'article 6.5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 envisage la suspension du contrat de concession « *par décision du concédant* » ou « *résultant d'une mesure de police administrative* ».<sup>9</sup>

Il prévoit deux séries de mesures :

- « *Tout versement d'une somme au concédant est suspendue* ». On discerne mal l'intérêt de cette disposition. Sur quel fondement le concessionnaire pourrait-il être tenu de continuer de verser des redevances prévues par le contrat de concession dont l'exécution est suspendue ?
- Et aux termes de l'article 6.5, en cas de suspension du contrat, « *(..) si la situation de l'opérateur économique le justifie et à hauteur de ses besoins, une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut lui être versée* ».

En revanche, **l'ordonnance reste muette sur les conditions d'indemnisation du préjudice subi par le concessionnaire dont le contrat a été suspendu**. Dans le silence du texte, celui-ci peut-il alors prétendre à la réparation de son préjudice, notamment du manque à gagner subi pendant la période de suspension ? Il ne semble pas que l'esprit de l'ordonnance soit d'exclure toute indemnisation parce qu'elle ne serait pas expressément prévue<sup>10</sup>. Il faut donc tenter de puiser dans le droit commun des contrats administratifs.

A cet égard, **deux hypothèses** doivent, nous semble-t-il, être distinguées :

- La première hypothèse, la plus simple, est celle dans laquelle **l'autorité concédante a suspendu le contrat**. La suspension ne peut certes pas procéder du pouvoir général de résiliation qui met définitivement fin aux obligations contractuelles des parties. En cas de suspension du contrat, le concessionnaire sera conduit à reprendre, à la demande de l'autorité concédante, l'exécution du contrat. En revanche, la suspension du contrat est susceptible de se rattacher au pouvoir de modification unilatérale des concessions reconnu à l'autorité concédante. C'est donc sur ce fondement qu'il devrait être procédé à l'indemnisation du concessionnaire, au-delà des termes de l'ordonnance et en l'absence d'accord entre les parties.
- La seconde hypothèse – **suspension du contrat consécutive à une mesure de police administrative** – est plus complexe. Dans ce cas de figure, il faut s'interroger sur les conséquences d'une suspension qui interviendrait sans que l'autorité concédante ait pris la moindre décision en ce sens.

La question se pose de savoir si la théorie du prince pourrait être mobilisée<sup>11</sup>. La suspension ne procède alors pas d'une décision unilatérale de l'autorité concédante qui justifierait de ce fait l'indemnisation du préjudice subi par le concessionnaire. L'application de la théorie du prince est ainsi susceptible d'être contestée car la suspension est alors « *indépendante du fait de l'autorité concédante* »<sup>12</sup> :

9 Le cas de la résiliation du contrat résultant d'une mesure de police administrative ne figurait pas dans la rédaction initiale de l'ordonnance et a été ajouté par l'ordonnance n°2020-460 du 22 avril 2020.

10 Voir ci-dessus par analogie, les conséquences de la résiliation d'un marché ou l'annulation d'un bon de commande.

11 Voir le Précis sur la question (III-B-3)

12 CE 20 octobre 1971, Cie du Chemin de Fer de Bayonne, n°79.315, au Rec ; les abstrats mentionnent le fait du prince.

- Soit parce que la mesure de police émane d'une autre personne publique que l'autorité concédante<sup>13</sup>,
- Soit, en toute hypothèse, parce que le concédant n'aura alors pas agi en tant que partie co-contractante, mais en tant qu'autorité de police.

La question se pose alors de savoir si la théorie de l'imprévision peut être retenue. De prime abord, celle-ci pourrait apparaître inadaptée à la suspension du contrat. En effet, la théorie de l'imprévision repose sur l'impératif de continuité du service public et le concessionnaire doit ainsi poursuivre l'exécution de son contrat pour prétendre à une indemnité d'imprévision<sup>14</sup>. Toutefois, à l'issue de la période de suspension, le concessionnaire doit être en mesure de reprendre l'exécution de son contrat et à ce titre devrait être susceptible d'obtenir une indemnité d'imprévision. Dans cette perspective, c'est donc l'impératif de continuité du service public, après la période de suspension, qui justifierait l'octroi d'une indemnité d'imprévision.

#### **A.2.2.2. Poursuite du contrat de concession dans des conditions modifiées à la demande du concédant**

En cas de poursuite du contrat de concession pendant l'épidémie de covid, l'article 6.6 de l'ordonnance envisage l'hypothèse dans laquelle le concédant est conduit « à modifier *significativement les modalités d'exécution prévues au contrat* ». Le concessionnaire a alors droit à une indemnité correspondant en substance aux surcoûts engagés et représentant une « *charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire* ». Cette disposition a été présentée comme s'inspirant de la théorie de l'imprévision. La condition tenant à l'existence d'un déficit provoqué par un bouleversement de l'économie du contrat, étant remplacée dans l'ordonnance par l'existence d'une charge manifestement excessive, « *a priori moins exigeante* »<sup>15</sup>.

Toutefois, à notre sens, le dispositif mis en place par l'article 6.6 s'écarte nettement du régime de l'imprévision. En effet, l'imprévision vise un « *évènement extérieur aux parties* »<sup>16</sup>, alors que dans le cadre de l'ordonnance, les conditions d'exécution du contrat sont modifiées par l'autorité concédante. Sans doute, la modification du contrat par l'autorité concédante survient-elle alors en raison de l'épidémie de covid, qui est étrangère aux parties.

Il n'en reste pas moins que l'article 6.6 écarte de son champ d'application les initiatives du concessionnaire destinées à assurer la continuité du service public ou encore les modifications des conditions d'exécution du contrat consécutives à une évolution de la réglementation à raison de l'épidémie de Covid<sup>17</sup>. Il vise l'hypothèse bien précise dans laquelle le contrat est modifié par l'autorité concédante.

Il convient ainsi de constater que les conditions d'indemnisation du concessionnaire prévues par l'ordonnance sont plus restrictives que celles posées par le droit commun en cas de modification unila-

13 Les pouvoirs de police administratives instaurés par la loi du 23 mars 2020 relève d'une police spéciale relevant de l'Etat (CE 17 avril 2020, Commune de Sceaux, n°440057).

14 Voir le Précis sur la question ; voir égal. CE Sect. 5 novembre 1982, Société Propétrol, n°19413, au Rec p.381).

15 C. Frackowiak, précité p. 167-168

Il est permis de s'interroger sur le point de savoir si l'article 6.6 est réellement « moins exigeant » que le régime de l'imprévision. Littéralement, le caractère manifestement excessif de la charge n'est pas ici apprécié par rapport au montant du contrat, mais « *au regard de la situation financière du concessionnaire* ». Cette rédaction ne revient-elle pas à subordonner l'indemnisation du concessionnaire à l'existence d'un déséquilibre de l'économie du contrat provoqué par la modification du contrat ?

16 Voir article 6.3 du Code de la commande publique.

17 A titre d'exemple, à raison de l'épidémie de Covid, un arrêté ministériel a fixé des conditions techniques plus sévères pour l'épandage des boues d'épuration, qui a entraîné des surcoûts pour les délégataires de service public d'assainissement collectif.

térale du contrat par l'autorité concédante<sup>18</sup>. En effet, à la suite d'une modification du contrat décidée par l'administration, le co-contractant a droit à une indemnisation, sans qu'il lui soit nécessaire de qualifier son préjudice en démontrant l'existence d'une « *charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire* ».

### A.3. Dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 reprises au Code de la commande publique en cas de circonstances exceptionnelles

#### A.3.1. Prolongations des délais d'exécution des marchés et concessions

Le Code de la commande publique (art. L 2711-7 et L 3411-7) prévoit la prolongation des délais d'exécution des marchés et des concessions, pour une « *durée équivalente à la période de non-respect du délai d'exécution résultant directement des circonstances exceptionnelles (...)* ».

Cette prolongation est soumise à des conditions de fond et de forme.

##### A.3.1.1. Conditions de fond

Il dispose que « *le délai d'exécution d'une ou plusieurs obligations du contrat (...) est prolongé* », lorsque l'opérateur économique « *ne peut pas* » respecter ces délais, sauf à recourir à « *des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire (ou le concessionnaire) une charge manifestement excessive* ». Le titulaire du contrat devra établir :

- Une impossibilité absolue de respecter tout ou partie des délais contractuels ;
- Ou une quasi-impossibilité, caractérisée par des « charges manifestement excessives » qui devraient être supportées pour respecter les délais.

Le caractère « manifestement excessif » de ces charges doit, nous semble-t-il, être apprécié au regard du montant du contrat. La question d'un seuil pertinent est alors posée.

L'appréciation de l'impossibilité ou de la quasi-impossibilité de respecter les délais d'exécution du contrat ne sera donc pas toujours aisée.

L'emploi de l'indicatif présent dans le Code de la commande publique (« *le délai est prolongé* »), laisse penser que si la condition de fond est remplie, le concédant ou l'acheteur est tenu de décider la prolongation des délais demandée par son co-contractant.

##### A.3.1.2. Conditions formelles

La prolongation du délai d'exécution est décidée par l'administration, à la demande de l'opérateur économique.

Cette demande doit être introduite **avant l'expiration du délai contractuel considéré et avant l'expiration de la période de circonstances exceptionnelles**. Faute de respecter ces deux délais, il semble que l'opérateur ne pourra faire utilement valoir que le retard ne lui est pas imputable, pour tenir en échec les pénalités qui lui seraient appliquées a posteriori. En effet, le Conseil d'État a jugé que des pénalités de retard ne peuvent être contestées, lorsqu'une demande de prolongation du délai

<sup>18</sup> Art. 6.6 du Code de la commande publique.

d'exécution d'un marché n'a pas été effectuée dans la forme et dans les délais prévus par un cahier des charges<sup>19</sup>.

La position du Conseil d'État revient à donner un plein effet utile aux conditions formelles de prolongation des délais d'exécution. Il n'en reste pas moins que le dispositif du Code de la commande publique destiné à protéger l'opérateur économique pendant une période exceptionnelle serait alors plus restrictif que le droit commun des concessions. En effet, en matière de concessions, aucun texte général (Code de la commande publique ou CCAG inexistant en la matière) ne prévoit de conditions de forme et de délai :

- Pour demander la prolongation des délais d'exécution, en dehors d'une période exceptionnelle ;
- Pour contester des pénalités de retard.

Pour s'opposer à la reprise de la solution retenue par le Conseil d'État, on pourrait également objecter qu'il en résulterait une confusion entre :

- L'obligation de respecter un délai, dont la prolongation est régie par les dispositions du Code de la commande publique ;
- Et la sanction de cette obligation, c'est-à-dire l'application de pénalités, qui n'est pas visée par le texte et dont le régime doit donc rester autonome.

Mais nul doute qu'il est préférable de procéder à une demande de prolongation des délais, en temps utile. Et si tel n'a pas été le cas, l'opérateur économique aurait, semble-il, intérêt à se borner à soutenir que le retard d'exécution ne lui est pas imputable sans invoquer les dispositions spéciales reprises au Code de la commande publique.

### A.3.2. Impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un marché public

Aux termes de l'article L 2711-8 du CCP, « l'impossibilité » pour le titulaire d'exécuter tout ou partie d'un marché emporte **deux séries de conséquences** :

- Le titulaire ne peut être sanctionné, faire l'objet de pénalités ou voir sa responsabilité contractuelle engagée.
- L'acheteur est en droit de conclure un marché de substitution avec un tiers, mais ce marché ne sera pas effectué aux frais du titulaire initial.

Le même article fournit, à titre non limitatif, une **illustration** de l'impossibilité pour le titulaire de remplir ses obligations, en visant le cas dans lequel « *il démontre qu'il ne dispose pas de moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive* ». Ainsi, la nécessité d'engager des surcoûts manifestement excessifs justifie que le titulaire du marché cesse de remplir ses obligations, sans voir sa responsabilité engagée.

19 CE Sect. 26 mai 1978, Dame Veuve X, n°99694, au Rec. : « (...) Considérant qu'aux termes de l'article 4-2 du cahier des prescriptions spéciales : « à partir du moment où le calendrier a été mis au point, toute prolongation du délai, autre que celle afférente aux intempéries ne pourra être accordée ..., à défaut d'une dénonciation par lettre recommandée de l'entreprise... dans un délai de 10 jours au plus après l'évènement, objet de la demande prolongation ». Considérant que la dame Veuve X. n'a pas signalé ....les difficultés résultant pour elle de la faillite de l'entreprise Chantalat-Neveu, ni celle de la découverte d'une ancienne voie-fermée ; qu'ainsi elle n'est pas fondée à se prévaloir de tels évènements ».

Se pose encore la question de l'**appréciation du caractère « manifestement excessif des charges »**. Il convient d'appréhender ces charges au regard du montant du marché, avec une forte incertitude sur ce qui pourrait être considéré comme « manifestement excessif » par le juge.

Il n'en reste pas moins que « l'impossibilité » visée à l'article L 2711-8, qui renvoie à la notion d'irrésistibilité, nous paraît bien plus favorable au titulaire du marché que le régime de droit commun de la force majeure.

### A.3.3. Déplafonnement des avances versées au titulaire d'un marché public

L'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 prévoit la possibilité de porter le montant de l'avance versée au titulaire d'un marché **au-delà de 60% de son montant** et celle de dispenser le titulaire de constituer une garantie à première demande **pour les avances supérieures à 30% du marché**. Ces mesures ont été pérennisées dans le Code de la commande publique par le décret n°2020-1261 du 15 octobre 2020 relatif aux avances dans les marchés publics.

## B. DROITS INDEMNITAIRES DU TITULAIRE DU CONTRAT

### B.1. Théorie de l'imprévision

#### B.1.1. Éléments constitutifs

La théorie de l'imprévision est reconnue par une jurisprudence constante depuis au moins l'arrêt du Conseil d'État *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* du 30 mars 1916<sup>20</sup> et codifiée à l'article L.6, 3° du Code de la commande publique<sup>21</sup> : « *lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le co-contractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité* », octroyée « *dans les conditions prévues par le code* ».

Lorsque survient un **bouleversement temporaire et imprévisible des circonstances économiques ayant présidé à la conclusion du contrat** et que le titulaire du contrat n'est plus en mesure d'assurer l'exécution dudit contrat dans des conditions financières acceptables, il peut prétendre à une indemnisation sur le fondement de cette théorie. Celle-ci doit lui permettre de poursuivre l'exécution. **Par conséquent, le caractère d'irrésistibilité propre à la force majeure n'est pas exigé puisque au sein de la théorie de l'imprévision, l'exécution est difficile mais surmontable.**

Cette théorie est propre au droit des contrats administratifs. L'article 1195 du Code civil, dans sa version issue de l'ordonnance du 10 février 2016 aménage un régime juridique comparable mais non assimilable à celle-ci (car il laisse la possibilité au juge de modifier le contrat en cours) pour les contrats de droit privé (notamment ceux de la commande publique)<sup>22</sup>.

Elle ne s'applique cependant pas à tous les contrats administratifs. Née en droit des concessions de service public et justifiée par la nécessité de garantir la continuité de celui-ci, la théorie de l'imprévision a très vite été appliquée à d'autres contrats, à la condition que le titulaire assure une mission de service

20 Lebon, p. 125, concl. Chardenet.

21 CE, avis, 15 sept. 2022, n° 405540 précisant que le législateur a « entendu codifier la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'imprévision, sans y déroger ni en préciser les conditions d'application ».

22 Circ. 30 mars 2022, n°6338 SG abrogée par Circ. 29 sept. 2022, n°6374 SG.

public ou d'intérêt général, dès lors qu'ils sont conclus « *pour l'organisation ou l'exécution même d'un service public* ». Elle s'applique ainsi aux marchés publics de fournitures<sup>23</sup> ou de travaux publics<sup>24</sup>, y compris ceux conclus à prix forfaitaire<sup>25</sup>. Plus largement, elle s'applique aux contrats de la commande publique impliquant une certaine continuité dans la délivrance des prestations. Elle ne s'applique en revanche pas aux conventions domaniales<sup>26</sup> au motif que leur titulaire ne s'engage pas à répondre à un besoin de l'administration.

Cela a conduit à s'interroger sur son fondement. Classiquement, elle est fondée sur le **principe de continuité du service public**, même si certains arrêts laissent penser que la justification pourrait être, plus largement, la durée du contrat, quel que soit son objet<sup>27</sup>.

### B.1.2. Mise en œuvre de la théorie de l'imprévision

La mise en œuvre de la théorie de l'imprévision suppose que **deux séries de conditions** soient satisfaites. La première est relative à l'évènement à l'origine de la situation extracontractuelle (1.) et la seconde aux effets entraînés par l'évènement invoqué sur la situation matérielle du co-contractant (2.).

#### B.1.2.1. L'évènement à l'origine de la situation extracontractuelle

L'évènement doit être analysé tant dans sa nature et son objet que sur son caractère imprévisible et son extériorité à l'égard du co-contractant privé.

En premier lieu, s'agissant de **la nature de l'évènement**, la jurisprudence considère classiquement comme remplissant le caractère d'imprévision, des évènements et aléas d'ordre économique tels que la dépréciation monétaire, les crises économiques ou une crise sanitaire<sup>28</sup>. Mais elle admet aussi que peuvent remplir ce caractère des faits d'ordre naturel<sup>29</sup> ou l'intervention d'une autorité publique (ex. adoption de dispositions législatives<sup>30</sup>), ce qui soulève la question de la distinction entre l'imprévision et le fait du prince. Ce qu'il faut prouver c'est que l'évènement imprévu « *se relie à un phénomène de fluctuation économique : une hausse de prix ou des salaires* »<sup>31</sup>. Le plus souvent, l'évènement est un fait économique tel qu'une dépréciation monétaire, une crise économique ou une hausse des prix due à la raréfaction d'un produit. Mais l'origine de cet évènement économique peut se trouver dans des circonstances d'ordre différents tels que des phénomènes naturels ou des interventions de la puissance publique.

En deuxième lieu, s'agissant de **l'objet de l'évènement invoqué**, celui-ci doit être suffisamment lié au contrat pour que l'économie de ce dernier puisse être bouleversée.

En troisième lieu, **l'évènement doit avoir été imprévisible** au moment de la conclusion du contrat et être **anormal**. En pratique, la théorie ne saurait ainsi jouer lorsque le délai d'exécution du contrat est

23 CE, 8 févr. 1918, *Sté éclairage de Poissy* : Lebon, p. 120.

24 CE, 3 févr. 1924, *Granchamp* : Lebon, p. 176.

25 CE 10 mars 1948, *Hospices Ville de Vienne*, Lebon 124.

26 CAA Douai, 12 déc. 2020, no 19DA00887.

27 CE 3 déc. 1920, *Fromassol*, Lebon 1036.

28 V. à propos de l'épidémie de Covid-19 : TA Dijon, 25 janvier 2024, Association Dijon- Congrexpo, n° 2102179.

29 CE 25 novembre 1925, *Cie des automobiles postales*, au Rec. ; CE, 21 avr. 1944, *Cie Câbles télégraphiques* : Lebon, p. 119).

30 CE 28 décembre 1938, p.996 ; CE, 4 mars 1949, *Ville Toulon* : Lebon, p. 197. – CE, 15 juill. 1949, *Ville Elbeuf* : S. 1950, 3, p. 61, note Mestre. – CE, 22 févr. 1963, *Ville Avignon*, : Lebon, p. 115 ; CE 20 octobre 1971, *Cie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz*, p. 624

31 *Traité des contrats*, préc.



bref<sup>32</sup>. Il doit dépasser les aléas ordinaires que les parties doivent raisonnablement envisager lors de la conclusion du contrat et qui font partie des risques que le co-contractant est censé avoir accepté de courir. L'imprévision n'existe donc que si les circonstances économiques entraînent des majorations du prix de revient « déjouant tous les calculs », dépassant « certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat »<sup>33</sup>.

En dernier lieu, l'évènement doit être **indépendant de la volonté des parties**. Il doit être extérieur à elles. Le titulaire du contrat ne peut ainsi invoquer l'imprévision si cet évènement lui est imputable<sup>34</sup>, s'il n'a pas mis en œuvre les moyens dont il disposait pour l'empêcher<sup>35</sup>, ou si la mesure est imputable à l'administration co-contractante, la théorie du fait du prince ayant alors vocation à prendre le relais de celle de l'imprévision. Il en va différemment lorsque le bouleversement du contrat est lié à une mesure administrative prise par une autre autorité, et plus particulièrement à l'État, comme cela a notamment été le cas avec les différentes mesures de restriction prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire proclamé dans le contexte de la pandémie de Covid-19. La question se pose de savoir dans quelle mesure les co-contractants de l'État sont en mesure d'invoquer la théorie de l'imprévision<sup>36</sup>.

### B.1.2.2. La situation extracontractuelle

La théorie de l'imprévision ne peut être invoquée que si l'évènement imprévisible a provoqué un **bouleversement de l'économie** du contrat. Elle ne peut jouer que si « *l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée* », si l'évènement entraîne des majorations de prix « *déjouant tous les calculs* », dépassant « *certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties* »<sup>37</sup>. Cette condition a été codifiée à l'article L.6,3° du CCP qui lui préfère celle d'un « bouleversement temporaire de l'équilibre du contrat ». L'exécution du contrat doit subir une perturbation profonde, faisant apparaître une « situation extracontractuelle ». Est ainsi distingué, le risque « normal » inhérent à l'exécution de tout contrat du risque « exceptionnel » ou « anormal » caractérisé par le dépassement de la marge de hausse que le co-contractant devait anticiper<sup>38</sup>.

Le co-contractant ne peut pas se contenter d'invoquer un simple « manque à gagner »<sup>39</sup>. Il doit pouvoir prouver un déficit d'exploitation<sup>40</sup> et, au-delà, un véritable bouleversement de l'équilibre du contrat. Deux éléments permettent de le caractériser<sup>41</sup> :

- 1° **le dépassement du prix-limite** : « *Le bouleversement de l'équilibre économique du contrat que doit provoquer l'évènement imprévisible pour être qualifié d'imprévision ou de force majeure se traduit nécessairement par un **déficit d'exploitation***<sup>42</sup>. Les commentateurs de votre décision de principe au GAJA soulignent que « le bouleversement de l'économie du contrat comporte deux éléments. Le premier est le dépassement du prix-limite que les parties avaient pu envisager au sujet de l'évolution des coûts, voire des recettes de l'exploitation : cette condition rejoint celle d'imprévisibilité ».

32 CE, 3 déc. 1920, Fromassol : Lebon, p. 1036.

33 CE, 30 mars 1916, préc. n° 140. – concl. Corneille sur CE, 3 déc. 1920, Fromassol, préc.

34 CE 21 oct. 2019, Sté Alliance, n° 419155.

35 CE, 25 oct. 1935, Sté Électrique de Vinay : Lebon, p. 980.

36 Pour une réponse positive à propos du Covid-19 : TA Paris, 29 fév. 2014, Sté. Parc Baudoyer, n° 2121091, 2121202/3-2.

37 CE, 30 mars 1916, préc.

38 A. Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Tome 2, §1361.

39 CE 25 novembre 1921, *Compagnie générale des automobiles postales*, au Rec.

40 CE avis 15 septembre 2022, n° 405540

41 Conclusions G. Pellissier sur CE 21 oct. 2019, *Société Alliance* n° 419155, *BJCP* 128/2020. 53

42 v. CE, Sect., 3 janvier 1936, *Commune de Tursac*, Rec. 5



- 2° **un bouleversement de l'équilibre économique du contrat** : « *L'exécution du contrat doit comporter un déficit réellement important et non un simple manque à gagner* ». Pour apprécier son existence, il convient de procéder « au rapprochement des recettes brutes de l'exploitation et des charges que le concessionnaire a dû supporter »<sup>43</sup> et d'identifier un déficit d'exploitation.

Ce bouleversement s'apprécie sur la période d'imprévision uniquement et non sur la totalité de la durée du contrat<sup>44</sup>. Seul un arrêt, resté isolé, a pu néanmoins faire référence, pour apprécier le bouleversement de l'équilibre du contrat, au chiffre d'affaires de la société, à l'importance de ses réserves et à l'aisance de sa trésorerie<sup>45</sup>. Cela revient à apprécier le bouleversement en prenant en compte des éléments extérieurs à la période d'imprévision. La situation financière globale du concessionnaire en réalité, ne doit pas être prise en considération pour caractériser le bouleversement mais le cas échéant au stade de la fixation de l'indemnité, pour répartir la charge extracontractuelle entre les parties<sup>46</sup>.

Il n'existe pas de seuil « numérique » permettant d'identifier un bouleversement. La méthode de la circulaire du 20 novembre 1974 qui retenait un seuil (6,66% du montant initial du contrat) puis de celle du 30 mars 2022 est abandonnée. Le juge doit donc mener une appréciation au cas par cas, en comparant les charges invoquées à l'ensemble des éléments du contrat<sup>47</sup>. Pour des marchés publics, il a ainsi été jugé que le bouleversement n'était pas caractérisé lorsque le dépassement d'un seuil de surcoût mesuré n'excédait pas 3%<sup>48</sup> ou 3,74 % à 4,77%<sup>49</sup> mais qu'il l'était pour un surcoût de 7%<sup>50</sup>. L'avis du Conseil d'État du 15 sept. 2022 considère que les modalités d'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat varient selon que le contrat impacté est un marché ou une concession (dans le cadre de laquelle il y a lieu « *de prendre en considération la part non négligeable de risque de pertes qu'il accepte* », pt. 25) et selon la forme du prix.

Les sommes allouées à l'entreprise au titre des clauses du contrat<sup>51</sup> et notamment de la révision des prix<sup>52</sup> conduisent régulièrement à empêcher la survenue d'un bouleversement.

### B.1.3. Les conséquences de la qualification de situation d'imprévision

Dès lors que le titulaire du contrat aura poursuivi l'exécution du contrat (i.), il pourra prétendre au bénéfice d'une aide de la part de l'administration (ii). D'autre part, **l'administration est tenue d'accorder une aide à son co-contractant de droit privé.**

#### (i) L'obligation d'exécution

La situation d'imprévision ne dispense pas le co-contractant de l'administration de l'exécution de son contrat<sup>53</sup>. Cette obligation s'explique d'autant plus aisément que le but même de la théorie est précisément de permettre d'assurer la continuité du service. Ainsi, les hausses imprévisibles (prix des matières premières ou prix des fournitures, par exemple) n'autorisent jamais le concessionnaire à interrompre le

43 CE, 15 juin 1928, Commune de la Courtine, p. 757

44 Fiche technique DAJ Bercy, 21 sept. 2022.

45 CE, 8 nov. 1944, *Cie du chemin de fer d'Enghien à Montmorency*, n° 68415

46 CE 27 juin 1919 Société du gaz et de l'électricité de Nice Rec. p. 572, conclusions Riboulet.

47 CE 2 juillet 1982, *Société routière Colas*, au Rec.

48 CE 30 nov. 1990, *Sté Coignet*, n° 53636, *Lebon T.*, p. 875.

49 CAA Douai, 26 avr. 2022, n° 20DA01405.

50 CAA Marseille, 17 janv. 2008, n° 05MA00492.

51 CE 5 mars 1958, *Ville de Nice*, au Rec.

52 CE 14 mars 1962, *Manufactures des vêtements Paul Boyé*, au Rec.

53 CE avis AG, 15 sept. 2022, préc. pt. 22

service<sup>54</sup>, pas plus que l'entrepreneur ou le fournisseur à suspendre les travaux ou les livraisons<sup>55</sup>. L'épidémie de covid a cependant prouvé qu'en fonction des circonstances, une interruption momentanée, n'était pas nécessairement un obstacle dirimant à une telle indemnisation.

## (ii) L'obligation d'indemniser

L'obligation de poursuivre l'exécution du contrat est couplée à **l'obligation, pour l'administration, de coopérer avec son co-contractant**. L'article L.6,3° du Code de la commande publique précise en ces termes que « lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le co-contractant, qui en poursuit l'exécution, **a droit à une indemnité** ». Ce droit a été confirmé par l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022.

Il s'agira, dans la majorité des cas, de lui accorder une aide, une indemnité qui ne réparera toutefois pas l'intégralité du préjudice subi mais les charges extracontractuelles qu'il aura eu à subir du fait de l'évènement caractérisé. En effet, il ne s'agit pas de dommages et intérêts fondés sur un mécanisme de responsabilité mais d'un mécanisme extracontractuel<sup>56</sup>.

Cela suppose d'abord de calculer le montant de la charge extracontractuelle. Le déficit d'exploitation indemnisable en matière d'imprévision est « *le déficit que fait apparaître, après que le prix de revient limite a été dépassé, le rapprochement des recettes brutes de l'exploitation et des charges que le concessionnaire a effectivement supportées, à savoir tant les dépenses d'exploitation que les dépenses nécessitées par l'amortissement industriel, le service de l'intérêt et l'amortissement du capital* »<sup>57</sup>. Lorsque l'exploitation n'était pas déficitaire avant l'ouverture de la période extracontractuelle, la charge extracontractuelle correspond à la totalité des déficits effectifs constatés au cours de la période extracontractuelle<sup>58</sup>.

Cela suppose ensuite d'opérer la ventilation de la charge extracontractuelle entre l'Administration et son co-contractant puisque l'indemnité d'imprévision ne répare pas l'intégralité du préjudice subi. Cette indemnité « compense » les pertes anormales supportées par le titulaire en lien direct et certain avec l'évènement imprévisible, c'est-à-dire la part du déficit subi excédant les pertes maximales raisonnablement envisagées par les parties lors de la conclusion du contrat. Traditionnellement, l'Administration prenait à sa charge 90 % des pertes subies<sup>59</sup>. Ce pourcentage a été expressément modifié dans le contexte de la crise contemporaine : elle laisse désormais à la charge de son co-contractant entre 5 et 25% de cette charge<sup>60</sup>, en fonction de la situation financière de l'entreprise, les bénéfices éventuellement réalisés ou escomptés, la diligence de l'entreprise pour faire face aux difficultés.

Cela suppose pour le titulaire du contrat de se concerter avec l'autorité concédante afin de trouver soit un accord pour adapter le contrat à la situation (aide financière, hausse de tarifs, etc...), soit un accord pour indemniser son titulaire. A défaut de conciliation, il conviendra de saisir le juge administratif afin d'obtenir une indemnisation. L'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022 expose clairement ces **trois solutions** :

54 CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, au Rec.

55 CE 29 juin 1945, *Ville de Bressuire*

56 *concl. Riboulet sur CE*, 27 juin 1919, *Sté Gaz de Nice : Lebon*, p. 572.

57 CE 11 juillet 1930 *Société éclairage et distribution d'eau* Rec. p. 718 ; CE 19 février 1926 *Société du gaz de la Ciotat* Rec. p. 197

58 CE 8 août 1924 *Société d'éclairage et de force motrice de Brive* Rec. p. 817.

59 *Circ. 20 nov. 1974, préc.*

60 *Circ. 29 septembre 2022.*

- Comme par le passé, les parties conservent la liberté de régler les difficultés rencontrées par une modification contractuelle du contrat : elles peuvent conclure un **avenant** tout en respectant, dans ce cas, les règles fixées par le Code de la commande publique relatives à la modification des contrats en cours d'exécution ;
- Elles peuvent conclure une « **convention ad hoc** »<sup>61</sup> ou une « **convention d'indemnisation** »<sup>62</sup>, « dont le seul objet est de compenser les charges extracontractuelles » subies par le titulaire du contrat. Elle se superpose au contrat initial sans s'y incorporer. Elle « n'a ni pour objet ni pour effet de modifier les clauses du contrat, ni les obligations contractuelles réciproques des parties, ni d'affecter la satisfaction des besoins de l'autorité contractante ». Elle « ne peut être que temporaire ». Dès lors qu'elle n'est ni un avenant ni une transaction, elle n'est pas soumise au CCP ;
- Elles peuvent saisir le **juge**, « lorsque l'accord des parties est insuffisant à éviter le bouleversement de l'économie du contrat » ou « en cas de refus de l'autorité contractante » de modifier unilatéralement le contrat, que les parties saisissent le juge du contrat qui pourra « accorder une indemnité dont le seul objet est de compenser la charge extracontractuelle »<sup>63</sup>. Dans ce cas, le juge ne modifie pas les stipulations du contrat et n'est donc pas tenu par les dispositions du CCP relatives aux modifications.

**L'imprévision a un caractère temporaire.** Elle peut prendre fin soit, à la suite du rétablissement de la situation normale : le contrat reprend alors son cours ; soit, à la suite d'une modification du contrat ; soit, enfin si l'exécution du contrat est devenue définitivement impossible : les parties se trouvent alors dans un cas de force majeure administrative.

## B.2. Sujétions techniques imprévues

Les sujétions imprévues sont définies par la doctrine comme des « *difficultés matérielles d'un caractère absolument anormal, qui n'ont pu raisonnablement entrer dans les prévisions des parties au moment de la conclusion du contrat et qui rendent plus onéreuse l'exécution de celui-ci* »<sup>64</sup>. La théorie éponyme est rarement reconnue par le juge et peu invoquée au vu de son faible succès devant le juge<sup>65</sup>. Principalement applicable aux marchés publics de travaux, le juge administratif a pu trouver à utiliser cette notion dans le cadre de délégations de service public<sup>66</sup>.

### B.2.1. Éléments constitutifs

**Le Conseil d'État définit les sujétions imprévues comme des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché présentant un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties**<sup>67</sup>.

61 Circ. 30 mars 2022

62 CE, avis, 15 sept. 2022, pt. 22

63 V. déjà CE, 2 nov. 1927, Ville de Saint-Omer, n° 84340

64 A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ 1984, t.II, n° 1276.

65 Mathias Amilhat, *La théorie des sujétions techniques imprévues, une construction jurisprudentielle dépassée ?* AJDA 2022 p.2169

66 TA Lille, 2 juillet 1998, préfet du Nord, BJCP 1998 n° 1 p. 72 ; TA Grenoble, 7 août 1998, Betto, DA n° 303, BJCP 1999 n° 2 p. 181

67 CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens, n°223445

- **S'agissant des difficultés matérielles**, la théorie des sujétions imprévues trouve un terrain fertile dans les difficultés géologiques<sup>68</sup> et climatiques<sup>69</sup> rencontrées en cours d'exécution. D'autres types de difficultés matérielles pourraient être admises par le juge tels que l'effondrement d'un ouvrage d'art<sup>70</sup> ou la présence d'amiante<sup>71</sup> sous réserve de remplir les critères de caractère exceptionnel, imprévisible et extérieur (le droit à indemnisation au titre des sujétions imprévues a été refusé dans ces cas d'espèces, l'ensemble des critères n'étant pas réunis). En revanche, une crise sanitaire ne saurait être regardée comme une sujétion imprévue<sup>72</sup>.
- **S'agissant de l'extériorité aux parties**, le juge adopte une appréciation restrictive. Les manquements de la personne publique<sup>73</sup> ou ceux du titulaire<sup>74</sup> ne constituent pas non plus des sujétions techniques imprévues. Elles ne pourront être valablement invoquées si elles résultent d'une carence du maître de l'ouvrage dans la conduite des études ayant permis la détermination du volume et de la nature des travaux à réaliser<sup>75</sup>. De la même manière, en fonction des données communiquées dans les cahiers des charges, le co-contractant de l'administration pourra se voir refuser une indemnisation au titre des sujétions imprévues en dépit de difficultés matérielles réelles car il sera considéré par le juge suffisamment informé des contraintes techniques existantes au titre du terrain d'implantation des travaux ou des intempéries susceptibles de se produire<sup>76</sup>. Le critère d'extériorité n'est pas non plus retenu si les difficultés rencontrées par un autre intervenant sur le marché n'ont pas fait l'objet d'observations ou réserves car elles seront considérées par le juge comme tacitement acceptées<sup>77</sup>. Les difficultés matérielles qui seraient le fait d'un tiers ne sont pas admises dans le champ des sujétions techniques imprévues (par exemple une mesure de police de circulation<sup>78</sup>).
- **S'agissant du caractère exceptionnel et de l'imprévisibilité**, il convient de déterminer si les parties auraient pu prévoir les difficultés rencontrées lors de l'exécution du contrat et si l'événement présente un caractère exceptionnel au regard des faits antérieurs. La jurisprudence a identifié plusieurs catégories d'événements prévisibles, excluant donc l'existence de sujétions imprévues : ceux liés à l'action du titulaire du contrat, ceux connus du co-contractant en ce inclus ceux pouvant être déduits des documents à disposition du co-contractant<sup>79</sup> ou ceux dont le co-contractant est supposé avoir connaissance (présence d'amiante dans un bâtiment du XVIII<sup>ème</sup> siècle<sup>80</sup>, événements naturels ne présentant pas de caractère exceptionnels<sup>81</sup>, difficulté géolo-

68 CE, 25 mars 2020, *Ministre de la transition écologique et solidaire*

69 CE, 13 mai 1987, *Société Citra-France*, n°35374

70 CAA Nantes, 25 mars 2022, n° 20NT03620.

71 CAA Marseille, 15 juin 2020, n° 18MA03049.

72 TA Strasbourg, 22 août 2023, n°2303425

73 CAA Nancy, 13 oct. 2020, n° 18NC01258

74 CAA Nantes, 18 juill. 2013, n° 11NT00886

75 CE, 8 mars 1996, *Commune de Petit-Bourg*

76 CAA Lyon, 25 novembre 2021, n° 19LY02413 : le cahier des clauses techniques particulières alertait les entrepreneurs sur la situation de l'emplacement des travaux en zone inondable et les contraintes en résultant pour l'exécution des travaux qu'ils étaient réputés avoir pris en compte. La fréquence des crues et leur intensité ainsi que leur période de survenue étaient également précisées de sorte que le co-contractant était réputé suffisamment informé.

77 CAA Bordeaux, 16 février 2017, n°14BX00416

78 CAA Nantes, 26 mars 2021, n°20NT00502

79 Par exemple le CCTP (CAA Lyon, 25 novembre 2021, n° 19LY0241) ou un rapport géotechnique (CAA Nantes, 8 janvier 2021, n° 19NT02747)

80 CAA Marseille, 15 juin 2020, n° 18MA03049 : la présence d'amiante dans un faible nombre de locaux dont la construction datait du XVIII<sup>ème</sup> siècle ne présente un caractère ni exceptionnel ni imprévisible

81 CAA Marseille, 25 octobre 2021, n° 18MA05085 : pour des pluies ne présentant pas un caractère exceptionnel

gique décelable lors des reconnaissances et sondages préalables incombant à l'entrepreneur<sup>82</sup>). Ce critère devrait être de plus en plus complexe à établir à propos des événements naturels. En effet, au vu des récents dérèglements climatiques constatés, le juge sera moins enclin à reconnaître le caractère exceptionnel et imprévisible d'une telle circonstance.

Une fois ces critères réunis, il conviendra enfin de **démontrer que les sujétions techniques imprévues ont entraîné des surcoûts financiers pour le co-contractant**. Ces surcoûts seront appréciés différemment selon le type de marché.

S'agissant des marchés à forfait, afin d'ouvrir un droit à indemnisation pour le co-contractant, les sujétions doivent avoir bouleversé l'économie du contrat. Les conséquences financières liées aux sujétions imprévues doivent ainsi excéder les aléas auxquels les parties pouvaient s'attendre. En effet, dans la mesure où le prix d'un marché à forfait est réputé inclure le coût des aléas rencontrés en cours d'exécution, seuls les aléas bouleversant l'économie du contrat seront indemnisés. Ce bouleversement sera apprécié au regard de l'augmentation du montant total du marché<sup>83</sup>.

En revanche dans le cadre d'un marché à prix unitaire, l'indemnisation du co-contractant n'est pas subordonnée au bouleversement de l'économie du contrat<sup>84</sup>.

## B.2.2. Conséquences

Le co-contractant doit poursuivre l'exécution du contrat malgré la survenue de ces sujétions techniques imprévues. En contrepartie, il aura droit à l'indemnisation de l'ensemble des surcoûts exposés pour y faire face sous réserve que ces surcoûts aient été dûment justifiés. La théorie des sujétions imprévues se distingue sur ce point nettement de la théorie de l'imprévision.

Les indemnités allouées au titre des sujétions imprévues doivent figurer dans le décompte général et définitif<sup>85</sup>.

## B.3. Fait du prince

### B.3.1. Éléments constitutifs

L'expression « fait du prince » a été définie pour la première fois par Maurice Hauriou<sup>86</sup>. Il en retient une conception large : « *Lorsqu'une administration publique, étant liée avec un particulier par un de ces contrats qu'entraîne l'exécution des services publics, un marché de fourniture ou un marché de travaux*

---

et imprévisible

82 CAA Nantes, 28 juill. 2015, n° 13NT01133 : pour la présence de vase au fond d'un canal qui était décelable lors des reconnaissances et sondages préalables qui incombait à l'entrepreneur

83 Une hausse de 11,3% du montant du marché ne permet pas d'établir un bouleversement de l'économie du contrat (CE, 1er juillet 2015, n°383613, *Régie des eaux du canal de Belletrud*) mais une augmentation de 26% bouleverse bien l'économie du contrat (CAA Marseille, 21 novembre 2000, n°98MA00892). Si une demande d'indemnisation au titre des sujétions imprévues provient d'un sous-traitant, elle doit être appréciée au regard du montant total du marché et non uniquement de la partie sous traitée.

84 CE, 25 mars 2020, *Ministre de la transition écologique et solidaire*

85 CE, 31 juillet 2009, Sté Campenon-Bernard, n°300729 ; v. aussi CE Avis 15 sept. 2022, préc.

86 Note sous CE 8 mars 1910, S. 1902. III. 73

*publics apporte un changement au contrat par un de ces actes ou se révèle puissance publique indépendante.* ». Elle désigne ainsi « **un aléa administratif** » dans l'exécution d'un contrat administratif, une décision de l'Administration ouvrant droit à indemnité au profit du titulaire d'un tel contrat (à l'exclusion des tiers) lorsqu'elle lui cause un préjudice, c'est-à-dire affecte et/ou modifie substantiellement les stipulations du contrat ou ses conditions d'exécution.

Dans son acception la plus large, **le fait du prince désigne ainsi toute mesure édictée par les pouvoirs publics et ayant pour conséquence de rendre plus difficile et plus onéreuse l'exécution du contrat par le co-contractant.** Elle peut émaner de la personne publique contractante ou de toute autre personne publique. Elle peut être une mesure particulière, une loi ou règlement. Elle peut viser directement le contrat ou n'avoir que des répercussions indirectes sur lui. Elle désigne « toute intervention des pouvoirs publics ayant pour résultat d'affecter d'une manière quelconque les conditions juridiques ou même seulement les conditions de fait dans lesquelles un co-contractant de l'administration exécute son contrat »<sup>87</sup>.

**Dans une acception plus étroite, le fait du prince désigne les mesures prises par la seule autorité contractante.** Mais il peut être aussi bien une mesure générale qu'une mesure spécifique au co-contractant ; aussi bien une mesure prise par l'Administration en vertu de ses pouvoirs contractuels que d'autres pouvoirs (par exemple le pouvoir de police générale)<sup>88</sup>.

Dans son acception la plus étroite, il désigne les mesures prises par l'autorité contractante en vertu de pouvoirs autres que ceux qu'elle détient du contrat. Il est « *un acte juridique, positif ou négatif, général ou particulier, imputable à une administration co-contractante dans l'exercice de ses compétences normatives extérieures aux droits et obligations qu'elle tire, directement ou indirectement, des contrats administratifs qu'elle passe, imprévisible pour les deux parties au moment de la conclusion du contrat et de nature à affecter substantiellement l'équilibre économique des contrats administratifs que cette administration a conclus* »<sup>89</sup>. Il se distingue du pouvoir de modification unilatérale du contrat par l'administration contractante ou d'un fait d'imprévision. Il est une forme de responsabilité contractuelle sans faute<sup>90</sup>.

C'est ainsi qu'il a aussi été défini par le président R. Schwartz : tout « *comportement ou fait imprévisible, extérieur au contrat et licite, imputable à la personne publique agissant à un titre autre que contractuel et ayant pour effet d'empêcher le co-contractant de remplir ses obligations* »<sup>91</sup>.

Même si la jurisprudence donnant une définition du fait du prince est peu prolix (on relève seulement un récent jugement du TA de Paris<sup>92</sup>, au demeurant très discutable), celle du Conseil d'État permet d'en cerner les contours. Ce dernier réserve le fait du prince aux seuls actes administratifs réguliers émanant de la personne publique contractante<sup>93</sup>, pour autant qu'elle agisse dans une qualité autre que celle de partie au contrat<sup>94</sup>. Cela exclut de son champ les mesures prises en vertu de son pouvoir de modifi-

87 A. de Laubadère. F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t.1 : LGDJ, 1983, n° 1292. V. aussi J. Badaoui, *Le fait du Prince dans les contrats administratifs* : LGDJ, 1954.

88 A. de Laubadère, *Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'Administration*. *Mélanges A. Mestre* : Sirey, 1956, p. 383. – Th. Pez, *Le risque dans les contrats administratifs* : LGDJ, 2013.

89 Ph. Terneyre, « Le fait du prince dans les contrats administratifs, De quoi parle-t-on ? », *AJDA* 2022. 2181.

90 A. de Laubadère, « Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration », *Mélanges Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 383 ; Ph. Terneyre, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, thèse Pau 1983, *Economica*, 1989, p. 165.

91 obs. sur CE, 10 octobre 2007, *Société SPC Tarbes*, n° 255213, *BJCP* 2007, n° 55.

92 TA Paris, 31 mars 2022, n° 2004576/4-1, *Société Indigo Infra France*.

93 CE 4 mars 1949, *Ville de Toulouse*, *Lebon* 197.

94 CE, sect., 5 nov. 1982, *Société Propétrol*, n° 19413, *Lebon* 381 ; *AJDA* 1983. 259, concl. D. Labetoulle.



cation unilatérale. Cela permet en revanche d'inclure une grande variété de mesures qui produisent un effet sur le contrat (not. des actes de police, mesures fiscales ou sociales, etc.), d'autant que la jurisprudence n'exige pas le caractère général ou au contraire spécifique de la mesure en cause. Il importe seulement que la mesure, si elle est générale, affecte spécifiquement un opérateur (la spécialité se rapporte ainsi uniquement à l'effet de la mesure sur le contractant et non à son objet).

Ainsi, l'application à un concessionnaire de service public, d'un texte à valeur législative instituant un prélèvement de 10% sur toutes les dépenses publiques, est constitutive d'un fait du prince<sup>95</sup>.

### B.3.2. Mise en œuvre du fait du prince

La mise en œuvre du fait du prince constitue un cas de **responsabilité contractuelle sans faute** de la collectivité publique contractante comparable mais non assimilable à la théorie de la responsabilité extracontractuelle sans faute de l'administration pour rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques<sup>96</sup>.

Elle suppose une mesure imputable à la collectivité contractante (1.), ayant causé un préjudice (3.) à celui qui s'en prévaut. Est en revanche discutée la question de savoir si cette mesure doit avoir pour effet de bouleverser l'équilibre du contrat en cours (2.).

#### B.3.2.1. La mesure

##### L'imputabilité de la mesure

**La théorie du fait du prince ne s'applique que si la mesure en question émane de l'autorité publique contractante agissant à un autre titre que celui de partie au contrat** (v. supra).

Partant, cette condition exclut l'indemnisation lorsque celle-ci n'est intervenue que sur la demande du co-contractant lui-même<sup>97</sup>, mais aussi lorsque la mesure prise par l'administration n'est que la constatation ou la conséquence inévitable des faits économiques extérieurs aux parties. Dès lors, il conviendra pour les opérateurs économiques de démontrer que les mesures prises pour faire face à l'aléa, par l'autorité publique contractante, ont eu, de manière directe, une incidence sur l'exécution des contrats.

A défaut, lorsque la mesure émane d'une autorité publique étrangère au contrat, le co-contractant privé de l'administration pourra fonder sa demande vis-à-vis de l'autorité publique co-contractante sur la théorie de l'imprévision et sur la théorie générale de la responsabilité de la puissance publique vis-à-vis de l'autorité de qui émane l'intervention dommageable.

##### Le caractère de la mesure

Il est classiquement admis que pour donner lieu à une indemnité, le fait du prince, dont argue le requérant, doit avoir été imprévu au moment de la conclusion du contrat<sup>98</sup>.

95 CE, 28 avril 1939, *Compagnie des chemins de fer de l'Ouest*

96 CE 22 oct. 1937, *Compagnie des îles Kerguelen*, Lebon 839 ; CE, 11 juill. 2014, n° 359980, *Burnet*.

97 CE 9 juillet 1929, *Le Clainche*, au Rec.

98 CE 14 mai 1926, *Pouillard*, p. 498 ; CE 7 mai 1982, *Société Sogéparc-Paris*, n° 19358, Lebon T.



### B.3.2.2. La question des effets de la mesure

En principe, **le fait du prince se distingue de l'imprévision en ce qu'il n'implique pas que le titulaire du contrat ait subi un bouleversement de l'économie de son contrat : cela n'est pas une condition de son indemnisation**. La doctrine classique n'y fait pas référence<sup>99</sup>. Certains arrêts font cependant référence à une atteinte à l'objet du contrat<sup>100</sup>. Plus précisément, l'ouverture d'un droit à compensation n'est parfois reconnue par le juge qu'à la condition que la mesure ait modifié, au-delà des prévisions raisonnables des parties lors de la conclusion du contrat, l'économie générale de celui-ci<sup>101</sup> ou que cette modification entraîne pour le co-contractant un préjudice anormal et spécial<sup>102</sup>. Un titulaire de contrat n'a ainsi pas été indemnisé d'une mesure n'ayant eu que de faibles incidences<sup>103</sup>. C'est sans doute ce qui a conduit le TA de Paris à ériger, à tort, en 2022, le bouleversement de l'économie du contrat en critère du fait du prince<sup>104</sup>. On ne saurait toutefois généraliser trop rapidement ce jugement : deux ans plus tard, le même tribunal n'a plus fait référence au bouleversement de l'économie du contrat<sup>105</sup>.

### B.3.2.3. Le préjudice

Le co-contractant ne peut prétendre à une indemnité que s'il établit que les mesures liées à l'aléa lui ont causé un dommage.

### B.3.3. Les conséquences de la qualification du fait du prince

La conséquence juridique essentielle de l'application de la théorie du fait du prince consiste en l'obligation, pour l'autorité publique contractante, de réparer intégralement au moyen d'une indemnité compensatrice le préjudice causé à son co-contractant<sup>106</sup>. Ce dernier a le droit au rétablissement de l'équilibre financier du contrat, à l'indemnisation des pertes subies et des gains manqués. A cet égard, la réparation intégrale différencie nettement la théorie du fait du prince de celle de l'imprévision qui ne comporte, pour cette dernière, qu'une indemnisation partielle.

Il convient toutefois de distinguer les mesures de portée générale de celles particulières, affectant le seul co-contractant de l'administration.

S'agissant des mesures de *portée générale*, il convient de distinguer les mesures touchant aux stipulations du contrat et de celles touchant aux conditions de son exécution.

Pour les premières, la théorie du fait du prince est applicable à condition toutefois, s'il s'agit d'une mesure législative (applicable à un contrat auquel l'État est partie), que le législateur n'ait pas entendu exclure tout indemnisation. La frontière entre la théorie du fait du Prince et celle de la responsabilité extracontractuelle de l'État (non de l'administration contractante) du fait des lois<sup>107</sup> dès lors qu'il subit un préjudice anormal et spécial n'est cependant pas parfaitement nette.

99 Le *Traité des contrats administratifs* d'A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé n'y fait pas référence.

100 CE 25 janv. 1963, *Sté des Alcools du Vexin*, Lebon 53 ; CE 29 déc. 1997 *Sté civile Néopolders*, n° 146753.

101 CE 25 févr. 1949, *Ville de Melun*, n° 75173.

102 CE 23 janv. 1952, *Cie des tramways électriques de Limoges*, Lebon 52.

103 CE 18 mars 1983, *Sté du parking du square Boucicaut*, n° 25556 ; CE 7 mai 1982, *Sté Sogeparc*, n° 19358.

104 TA Paris, 31 mars 2022, n° 2004576/4-1, *Société Indigo Infra France* : « cet évènement est à l'origine d'un déficit d'exploitation de nature à entraîner un bouleversement de l'économie du contrat ».

105 TA Paris, 29 fév. 2024, *Sté. Parc Baudoyer*, n° 2121091, 2121202/3-2.

106 CE 23 avril 1948, *Ville d'Ajaccio*, Lebon, p. 603 ; CE 25 janvier 1963, *Société des alcools du Vexin*, au Rec.

107 CE, ass., 14 janv. 1938, *La Fleurette*, n° 51704

Pour les secondes, lorsque les mesures législatives ou réglementaires, sans atteindre les dispositions même du contrat (nb : une norme réglementaire ne saurait s'appliquer immédiatement à un contrat en cours : v. article L. 221-4 du CRPA), ont seulement pour effet de rendre l'exécution de celui-ci plus difficile ou plus onéreuse, elles ne donnent pas lieu, en principe, à une indemnisation intégrale sur le fondement de la théorie du fait du prince. Le Conseil d'Etat refuse ainsi généralement l'indemnisation au titre de la théorie du fait du prince, des conséquences attachées à l'adoption de mesures fiscales générales<sup>108</sup>, de mesures sociales<sup>109</sup> ou encore de mesures économiques et monétaires<sup>110</sup>.

Par exception, le co-contractant peut prétendre, dans certaines hypothèses, à une indemnisation intégrale. Il en est d'abord ainsi lorsque cette indemnisation est prévue par la loi elle-même ou par le contrat. Il en est ensuite ainsi lorsque les mesures de portée générale « affectent une donnée dont on peut considérer qu'elle a été essentielle, déterminante, dans la conclusion du contrat, une donnée dont la prise en considération a décidé le co-contractant à conclure le contrat ; lorsqu'il apparaît ainsi que le co-contractant n'a accepté de se lier qu'en considération d'un certain état des choses existant au moment du contrat, si une mesure, même générale, vient modifier cet état des choses, les conséquences pécuniaires de ce changement doivent être supportées par l'administration co-contractante »<sup>111</sup>.

Les *mesures particulières* concernent, quant à elles, celles qui affectent les dispositions mêmes du contrat et celles ayant une incidence sur son exécution. Les premières comme les secondes ouvrent au co-contractant droit à indemnisation intégrale pour l'ensemble du préjudice y compris l'accroissement de charges qu'elles ont entraîné.

Les parties peuvent convenir à l'amiable du montant de cette indemnisation au travers, par exemple, d'un contrat de transaction et/ou d'une médiation dont l'accord pourra faire l'objet d'une homologation par le juge administratif. Faute d'accord, c'est au juge qu'il reviendra de fixer cette indemnité. La question se pose de savoir si, lorsque les parties conviennent de cette indemnité, cela conduit à modifier le contrat et, si une telle modification est soumise aux règles fixées par le CCP relatives à la modification des contrats en cours. Il est fort probable que la réponse à cette question soit négative. Dans son avis d'assemblée générale du 15 septembre 2022<sup>112</sup>, le Conseil d'État a répondu par la négative pour la théorie de l'imprévision. Il est fort probable qu'il en irait ainsi aussi pour la théorie du fait du prince.

## C. FIN DU CONTRAT

### C.1. Force majeure

Maintes fois évoquée lors de la crise de la Covid-19, la notion de force majeure a fait l'objet de nombreux commentaires doctrinaux tant sur son utilité que sur son efficacité<sup>113</sup>. L'IGD, à travers son précis sur l'exécution des contrats de la commande publique à l'épreuve de la crise sanitaire, l'a parfaitement relayée. Ni le Code de la commande publique ni les différents cahiers des clauses administratives générales ne définissent la force majeure. Il s'agit principalement d'une **construction jurisprudentielle** du

108 CE 26 janvier 1940, *SA Motobloc*, au Rec.

109 CE 14 février 1936, *Ville de Paris*, au Rec.

110 CE 19 décembre 1928, *Guillet*, au Rec.

111 CE 31 mai 1918, *Degraeve*, au Rec. ; A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t.2 : LGDJ, 1983, p.536

112 CE avis relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, n° 405540

113 C. André Dubreuil, *La force majeure en droit des contrats administratifs*, AJDA 2022, p.2162.

juge administratif, s'inspirant largement de la définition posée par l'article 1218 du Code civil, applicable aux contrats privés<sup>114</sup>.

La jurisprudence administrative reconnaît l'existence d'un événement de force majeure dès lors que les **trois conditions cumulatives** suivantes sont réunies : **l'extériorité aux parties, l'imprévisibilité au moment de la conclusion du contrat et l'irrésistibilité au regard des moyens dont dispose le co-contractant pour l'exécution de ses obligations**. En outre, le juge administratif recherche dans le cadre de ce faisceau d'indices, si l'événement ou l'aléa en cause a bouleversé, de façon définitive l'équilibre du contrat.

### C.1.1. Éléments constitutifs

Dans le cadre de son analyse *in concreto* des critères constitutifs d'un cas de force majeure, le juge administratif apprécie dans quelle mesure l'événement :

- Ne résulte pas d'une action ou omission des parties (**critère d'extériorité**) et notamment de la partie qui invoque le bénéfice. Cette dernière, non seulement, ne doit pas l'avoir voulu, ne pas en être à l'origine, mais elle ne doit pas avoir été en situation de l'empêcher. Elle échappe à sa sphère d'influence.
- Aurait pu être prévu par le titulaire lors de la conclusion du contrat (**critère d'imprévisibilité**). Sera considéré comme imprévisible l'événement qui n'avait pas pu être anticipé par les parties au moment de la signature du contrat mais également celui dont les conséquences n'étaient pas prévisibles. Ainsi, même si le risque de survenue d'un événement en particulier était prévisible, dès lors que l'ampleur de son impact ne l'est pas, il pourra être jugé imprévisible.
- Place le co-contractant dans une impossibilité d'exécuter une ou plusieurs de ses obligations contractuelles (**critère d'irrésistibilité**). Il devra être démontré que l'exécution du contrat est rendue impossible temporairement ou définitivement par l'événement de force majeure et non pas seulement plus onéreuse (une exécution rendue seulement plus onéreuse relèvera de l'imprévision).

### C.1.2. Les cas reconnus de force majeure par la jurisprudence administrative

La jurisprudence administrative a reconnu comme cas de force majeure, en fonction des circonstances de temps et de lieu, **des faits naturels** (tremblements de terre, intempéries exceptionnelles ; le juge s'attachera à vérifier la fréquence d'apparition de tels phénomènes ainsi que le caractère irrésistible de leurs conséquences) et **des faits de l'homme** (grève<sup>115</sup>, guerre, fait d'un tiers). L'appréciation de la force majeure sera *in fine* factuelle et dépendante du contexte lors de la conclusion du contrat. Il a ainsi été jugé s'agissant de prestations pouvant être réalisées en télétravail, que la crise sanitaire due à la Covid-19 n'était en l'espèce pas irrésistible et ne constituait donc pas un cas de force majeure<sup>116</sup>.

L'existence d'une pandémie ou d'une épidémie n'est en effet pas suffisante *per se* pour constituer un cas de force majeure. Les juridictions judiciaires ont par exemple exclu la qualification de force majeure

114 La théorie de la force majeure a été introduite en droit administratif par le Conseil d'État dans son célèbre arrêt *Compagnie des tramways de Cherbourg* rendu en 1932

115 CE, 29 janvier 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, n° 17614

116 TA Polynésie française, 9 mai 2023, n°2200206 ; TA Nice, 31 oct. 2023, *Sté. Nice Eco Stadium*, n° 2103109.

pour la peste<sup>117</sup>, la dengue<sup>118</sup>, le SRAS<sup>119</sup>, le H1N1<sup>120</sup> et Ebola<sup>121</sup> dans la mesure où dès lors qu'un virus est connu, endémique et non létal, il ne peut revêtir la qualification de cas de force majeure. De même, la seule existence d'une crise économique entraînant une chute brute du chiffre d'affaires ne caractérise pas un cas de force majeure à raison d'un défaut d'imprévisibilité et d'irrésistibilité<sup>122</sup>.

Les conséquences liées à la guerre en Ukraine (pénurie, envolée du coût des matières premières et de l'énergie) n'ayant pas encore fait l'objet de jurisprudence, on peut s'interroger quant à la qualification juridique de cet événement. Si les critères d'imprévisibilité et d'extériorité peuvent être facilement démontrés pour les contrats conclus avant février 2022, une étude casuistique devra être effectuée afin de déterminer si l'ampleur des effets de la guerre en Ukraine permet de remplir le critère d'irrésistibilité. Le renchérissement des coûts des matières premières et de l'énergie ne pourra être considéré comme un cas de force majeure dès lors qu'il n'empêche pas l'exécution du contrat<sup>123</sup>. Afin d'invoquer utilement la force majeure, il conviendra de démontrer que les nouvelles conditions économiques empêchent définitivement le service d'être viable<sup>124</sup>. S'agissant des pénuries, l'argumentation pourrait être entendue dans l'hypothèse d'une absence de substitution possible des produits concernés. En revanche, dès lors que les effets de la guerre en Ukraine sont aujourd'hui connus, il sera complexe de les invoquer comme cas de force majeure pour les contrats conclus postérieurement à février 2022.

### C.1.3. Conséquences de la qualification de force majeure

#### · Exonération de responsabilité

Le titulaire du contrat est libéré de son obligation d'exécuter le contrat pendant toute la durée de l'événement de force majeure<sup>125</sup> si l'inexécution contractuelle est liée à cet événement. Ainsi l'inexécution contractuelle due à un cas de force majeure ne saurait être sanctionnée par l'application de pénalités ou l'engagement de la responsabilité du co-contractant défaillant.

#### · Résiliation du contrat

Si l'événement de force majeure emporte un bouleversement définitif de l'équilibre économique du contrat, ce dernier peut être résilié en application des dispositions du Code de la commande publique. L'article L. 2195-1 du Code de la commande publique pour les marchés et l'article L. 3136-2 du Code de la commande publique pour les concessions prévoient ainsi que la personne publique contractante « *peut résilier le contrat de concession en cas de force majeure* ».

Dès lors que le titulaire du contrat est dans l'impossibilité définitive de poursuivre l'exécution, il peut demander la résiliation du contrat ou la personne publique peut de son propre chef le résilier<sup>126</sup>. Un

117 CA Paris, 25 septembre 1998, n° 1996/08159

118 CA Saint-Denis de la Réunion, 29 décembre 2009, n° 08/02114 ; CA Nancy, 22 novembre 2010, n° 09/00003

119 CA Paris, 29 juin 2006, n° 04/09052

120 CA Besançon, 8 janvier 2014, n° 12/02291

121 CA Paris, 17 mars 2016, n° 15/04263 ; CA Paris, 29 mars 2016, n° 15/05607

122 Cass. Com, 12 février 2013, n° 12-11.709

123 La circulaire n° 6338-SG du 30 mars 2022 indiquait d'ailleurs à ce titre « *L'augmentation des prix ne conduit pas, en elle-même, à une situation de force majeure permettant au titulaire de se soustraire à ses obligations contractuelles* »

124 CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*

125 CE, 5 janvier 1924, *Cie Gar*, rec. CE p.18

126 CE, 14 juin 2000, *Commune de Staffelfelden*, n° 184722

bouleversement qui ne serait que temporaire ne justifiera en effet pas une résiliation pour force majeure et permettra uniquement de solliciter une indemnité au titre de l'imprévision. L'événement en cause ne doit donc pas seulement avoir rendu l'exécution du contrat plus onéreuse mais doit avoir bouleversé de façon définitive l'équilibre du contrat.

#### C.1.4. L'aménagement contractuel de la force majeure

Le contrat peut organiser les modalités applicables en cas de survenue d'un événement de force majeure. Les parties peuvent ainsi déterminer les conditions dans lesquelles sera reconnue la force majeure et ses conséquences sur l'exécution du contrat.

A défaut de prévoir une procédure détaillant les modalités de reconnaissance de l'événement de force majeure, **les parties peuvent en discuter librement**. Ces discussions peuvent ainsi conduire soit à l'aménagement et/ou l'assouplissement des obligations contractuelles suivant que l'événement créant la force majeure est temporaire ou définitif (ex : suspension ou reports de délais, modification des engagements par voie d'avenant, exonération de pénalités, etc.), soit à une résiliation pure et simple du contrat.

En cas de désaccord, l'opérateur économique pourra saisir le médiateur des entreprises<sup>127</sup> et/ou le Comité consultatif de règlement amiable des différends<sup>128</sup>, recours suspensifs de prescriptions ou porter directement le litige devant le juge qui tranchera<sup>129</sup> sur l'issue à donner au contrat et les mesures d'indemnisation y relatives.

A ce titre, le Conseil d'État a considéré que, sauf stipulation contractuelle contraire, le titulaire du contrat public ne pourra se voir indemniser que des pertes subies imputables à l'événement constitutif de force majeure, à l'exclusion de toute autre indemnité<sup>130</sup>. Le manque à gagner ne pourra donc pas être indemnisé. On notera que le CCAG travaux fixe une condition supplémentaire à la réparation du préjudice lié à la force majeure puisque le titulaire du contrat ne sera indemnisé que sous réserve d'avoir signalé immédiatement par écrit le fait constitutif de la force majeure<sup>131</sup>.

En tout état de cause, **le co-contractant devra demeurer vigilant et assurer au mieux l'exécution du contrat pendant l'instance**, afin de ne pas risquer une déchéance du contrat par son co-contractant s'il est débouté de son action par le juge.

## D.CONTENTIEUX EXTRACTIONNEL

### D.1. Typologie des recours contentieux

#### D.1.1. Les recours au fond

##### D.1.1.1. Le contentieux de pleine juridiction

127 Code de la commande publique, article L.2197-4.

128 Code de la commande publique, article L.2197-3

129 Dispositions non applicables aux concessionnaires autoroutiers

130 CE 8 janvier 1925, Société Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire, au Rec

131 Art. 17.3 al 1

· **S'agissant du contentieux indemnitaire :**

Le recours indemnitaire permet au co-contractant d'obtenir le versement par l'acheteur ou l'autorité concédante d'une somme dont le montant est destiné à **réparer les conséquences préjudiciables de la survenue d'un aléa extracontractuel**.

Un recours indemnitaire peut être isolé : il n'a pas à être le complément d'un autre recours contentieux (recours en contestation de validité, recours tendant au prononcé d'une sanction, etc.).

Les chances de succès d'un tel recours dépendent directement de l'interprétation faite par les juridictions s'agissant des conditions de fond devant être réunies pour obtenir le versement de l'indemnité.

Les parties disposent de la faculté de mettre un terme au contentieux qui les oppose par la conclusion d'un protocole d'accord transactionnel ou, le cas échéant, d'un accord de médiation, éventuellement soumis à homologation<sup>132</sup>.

· **S'agissant du contentieux de la résiliation :**

**Résiliation à l'initiative des parties :** Lorsque des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat et que les conditions économiques nouvelles ont en outre créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, « la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre 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 »<sup>133</sup>. La doctrine qualifie cette situation de force majeure administrative.

**Résiliation pour motif d'intérêt général :** Les acheteurs et les autorités concédantes ont la faculté de résilier leurs contrats « en cas de force majeure »<sup>134</sup>. Elles disposent par conséquent d'un pouvoir de résiliation unilatérale leur permettant de mettre un terme au contrat pour un motif tiré de la force majeure administrative, sans avoir à recourir au juge.

La mise en œuvre d'un tel pouvoir doit permettre au co-contractant de contester la mesure de résiliation par l'exercice d'un recours à fin de reprise des relations contractuelles assorti, le cas échéant, d'une demande de suspension présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA<sup>135</sup>.

S'agissant des contrats de droit privé de la commande publique, l'article 1195 du Code civil prévoit que, « 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 ».

**Résiliation à l'initiative d'un tiers :** Par un arrêt Syndicat Mixte de Promotion de l'Activité Transmanche, le Conseil d'État a posé le principe selon lequel « un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de

<sup>132</sup> Voir développement qui précèdent relatifs au contentieux contractuel

<sup>133</sup> CE, 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden, n° 184722 – CE, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, n° 98655

<sup>134</sup> CCP, art. L. 2195-2 et L. 3136-2

<sup>135</sup> CE, 21 mars 2011, Commune de Béziers, n° 304806

faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat, est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat »<sup>136</sup>. Ce recours ne peut toutefois être fondé que sur des moyens tirés de ce que :

- L'autorité publique contractante était tenue de mettre fin à l'exécution du contrat du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours ;
- Le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ;
- La poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général.

Outre la situation dans laquelle l'autorité publique contractante était tenue de mettre fin à l'exécution du contrat du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours (fait du prince), la faculté reconnue aux tiers d'invoquer un moyen tiré de ce que la poursuite du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général peut permettre à ceux-ci d'obtenir la résiliation juridictionnelle de ce contrat au motif que son exécution est rendue impossible du fait d'une situation d'imprévision ou de force majeure.

#### D.1.1.2. Le contentieux de l'excès de pouvoir

**Le co-contractant dispose de la faculté de solliciter l'annulation pour excès de pouvoir des mesures prises par les autorités publiques ayant des incidences sur l'exécution du contrat** (fait du prince).

**Il en va de même des mesures édictées par l'acheteur ou l'autorité concédante dès lors qu'elles n'ont pas été prises dans un cadre contractuel.** Tel est par exemple le cas des mesures de police qui, par nature, sont détachables du contrat<sup>137</sup>.

Le co-contractant peut en outre saisir le président du Tribunal administratif d'une demande tendant à ce que soit ordonnée en référé la suspension de l'exécution de la décision de l'autorité publique sous réserve que « lorsque l'urgence le justifie et qu'il [soit] fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision »<sup>138</sup>.

#### D.1.2. Les recours en référé

##### D.1.2.1. Le référé provision

- **S'agissant des contrats administratifs de la commande publique :**

**Principe :** Saisi d'une requête en ce sens, « le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable »<sup>139</sup>.

136 CE, 30 juin 2017, n° 398445

137 CE, 6 décembre 1907, Compagnie du Nord et autres : Lebon, p. 913, concl. Tardieu

138 CJA, art. L. 521-1

139 CJA, art. R. 541-1



Pour déterminer si une obligation est ou non sérieusement contestable au sens de ces dispositions, il appartient au juge des référés « de s'assurer que les éléments qui lui sont soumis par les parties sont de nature à en établir l'existence avec un degré suffisant de certitude »<sup>140</sup>.

La condition tenant à l'existence d'une obligation non sérieusement contestable signifie que le doute ne profite pas au créancier : « pour générer l'allocation d'une provision au créancier, la probabilité de l'existence de l'obligation non sérieusement contestable doit confiner à la certitude »<sup>141</sup>.

**Référé provision et imprévision** : La condition tenant à l'existence d'une obligation non sérieusement contestable se présente en pratique comme un obstacle majeur à l'allocation d'une provision ordonnée par le juge des référés sur le fondement de la théorie de l'imprévision. Cette condition suppose en effet que le droit à être indemnisé au titre de l'imprévision ne soit pas sérieusement contestable, ce qui est difficile à démontrer eu égard en particulier :

- D'une part, à la sévérité avec laquelle les juridictions administratives apprécient le bouleversement de l'économie du contrat, l'existence du déficit d'exploitation ainsi que le caractère imprévisible de l'événement en cause<sup>142</sup> ;
- D'autre part, à l'office du juge du référé-provision qui ne peut trancher des questions de droit sérieuses que seul le juge du fond est amené à connaître.

**Référé provision et sujétions imprévues** : La condition tenant à l'existence d'une obligation non sérieusement contestable se présente également, pour les mêmes motifs, comme un obstacle au versement d'une provision ordonnée par le juge des référés au titre des sujétions imprévues<sup>143</sup>.

Il a cependant été jugé que ne constitue pas une obligation sérieusement contestable :

- La demande d'un entrepreneur tendant à être indemnisé, pour l'exécution de la partie « fondations spéciales » de son marché, au titre des difficultés importantes qu'il a dû surmonter « compte tenu d'une part de la nature de la roche, dont les documents du dossier de consultation des entreprises ne permettaient pas de prévoir la particulière dureté, d'autre part de la géométrie du sous-sol, dont ces documents donnaient une représentation inexacte », ces difficultés ayant présentées « un caractère exceptionnel, étaient imprévisibles lors de la conclusion du contrat et leur cause était extérieure aux parties », entraînant ainsi « un bouleversement de l'économie du contrat »<sup>144</sup> ;
- La demande d'un entrepreneur tendant à être indemnisé au titre de l'exécution « des travaux supplémentaires de renforcement d'un acrotère d'une longueur de 227 mètres dont l'insuffisance du ferrailage a constitué en l'espèce une sujétion imprévue », étant précisé que « les retards de chantier imputables à ces travaux supplémentaires ne pouvaient donner lieu à l'application de pénalités de retard »<sup>145</sup>.

140 CE, 6 décembre 2013, Mme A. c/ Garde des Sceaux, ministre de la Justice, n° 363290

141 L. Vallée, concl. sur CE, 29 janvier 2003, Commune d'Annecy, n° 247909

142 voir par exemple les ordonnances de rejet TA Nantes, 15 novembre 2010, ord. Société Bergeret, n° 0806056 – TA Grenoble, 17 février 2023, ord. SAS Terragr'eu, n° 2208507 – TA Melun, ord. 11 mai 2023, Sociétés Com.sports et Aquaprovinois.com, n° 2302305 – TA Strasbourg, ord. 22 août 2023, Société Construction Lickel, n° 2303425 – TA Paris, 29 février 2024, Société SA du Parc Baudoyer, n° 2121091

143 voir par exemple les ordonnances de rejet TA Nancy, ord. 29 décembre 2015, Société Velerian, n° 1502291 – CAA Versailles, ord. 30 mai 2023, Société MJA, n° 23VE00234 – TA Montreuil, 25 janvier 2024, Sociétés Philéas et autres, n° 2113665

144 CAA Lyon, ord. 20 décembre 2012, Commune de Bellegarde-sur-Valserine, n° 12LY02152

145 CAA Paris, 25 janvier 2001, Société Alstom entreprises Paris, n° 00PA02783

**Référé provision et fait du prince** : La voie du référé provision est ouverte au co-contractant sollicitant le versement par l'autorité publique contractante d'une provision accordée au titre de l'indemnité réparatrice du préjudice causé par une situation caractéristique d'un fait du prince.

Il est alors indispensable que le co-contractant produise l'ensemble des justificatifs attestant de la réalité et de l'exigibilité de la créance. La créance ne devient en effet exigible que lorsque les conditions objectives de sa liquidation sont remplies et sous réserve qu'elle ne soit ni prescrite, ni assortie d'une condition.

· **S'agissant des contrats de droit privé de la commande publique :**

Les parties à un contrat de droit privé de la commande publique disposent de la faculté de saisir le président du Tribunal judiciaire compétent d'une demande tendant à ce que soient prescrites, même en présence d'une contestation sérieuse, les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent<sup>146</sup>.

Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le tribunal peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.

**D.1.2.2. Le référé conservatoire**

· **S'agissant des contrats administratifs de la commande publique :**

**Principe** : Le référé conservatoire permet au président du Tribunal administratif ou au magistrat qu'il délègue, en cas d'urgence et sur simple demande, d'ordonner « toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative »<sup>147</sup>.

Il est à peine besoin de rappeler que « s'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion d'un service public en adressant, sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat, il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son co-contractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle »<sup>148</sup>.

Ce n'est qu'en cas d'urgence que le juge du référé conservatoire peut ordonner au co-contractant, éventuellement sous astreinte, de prendre à titre provisoire toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement, à condition que cette mesure soit utile, qu'elle ne fasse obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative et qu'elle ne se heurte à aucune contestation sérieuse.

**Absence d'obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative** : En premier lieu, la mesure ne doit faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative.

Cette condition explique que le référé conservatoire est une voie contentieuse difficile à utiliser par les co-contractants de l'administration sollicitant le prononcé d'une mesure tendant à la suspension du

146 CPC, art. 873

147 CJA, art. L. 521-3

148 CE, 29 juillet 2022, Centre hospitalier d'Armentières, n° 243500 – CE, 30 mai 1913, Préfet de l'Eure, n° 49241

contrat – ou à l'exécution de celui-ci – en conséquence d'un événement extracontractuel. En effet, comme l'indique un membre du Conseil d'État : « suspendre l'exécution d'un contrat, c'est faire obstacle non seulement au contrat lui-même, mais encore à toutes les décisions administratives prises par la personne publique pour en assurer l'exécution. La circonstance que ces mesures soient prises dans un cadre contractuel ne leur ôte pas leur caractère décisive »<sup>149</sup>.

La condition tenant à ce que la mesure ne doit faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative a pour conséquence que ce sont les acheteurs et autorités concédantes qui, le plus souvent, recourent au juge du référé conservatoire afin d'obtenir le prononcé de mesures provisoires et conservatoires à l'encontre de leurs co-contractants privés.

**Absence de contestation sérieuse** : En second lieu, la mesure ne doit se heurter à aucune contestation sérieuse.

Cette condition est satisfaite sans difficulté lorsque la demande de l'acheteur ou de l'autorité concédante trouve son fondement dans des clauses contractuelles claires et dépourvues d'ambiguïté.

A cet égard, les obligations du co-contractant doivent être appréciées en tenant compte de l'exercice par l'autorité administrative du pouvoir de modification unilatérale dont elle dispose en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, de sorte que « les mesures que le juge des référés peut ordonner au co-contractant de l'administration pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement ne sont pas seulement celles qui découlent des obligations prévues dans le contrat initialement signé par les parties mais également celles qui résultent de l'exercice, par l'administration, de son pouvoir de modification unilatérale du contrat »<sup>150</sup>.

L'absence de contestation sérieuse est toutefois plus difficile à établir par les acheteurs et les autorités concédantes lorsque leurs co-contractants invoquent un cas de force majeure comme cause exonératoire de responsabilité. L'existence d'une telle situation relève en effet d'une appréciation pragmatique, au cas par cas<sup>151</sup>.

En tout état de cause, les conclusions tendant à la suspension de la décision par laquelle le co-contractant a rejeté la demande d'une autorité publique contractante tendant à la modification d'une clause de révision des prix sont irrecevables dès lors que, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, le juge ne peut que rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité<sup>152</sup>.

#### · S'agissant des contrats de droit privé de la commande publique :

Les acheteurs et autorités concédantes parties à un contrat de droit privé de la commande publique disposent de la faculté de saisir le président du Tribunal judiciaire compétent, même en présence d'une contestation sérieuse, afin que soient prescrites en référé « les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite »<sup>153</sup>.

149 B. Da Costa, concl. sur CE, 8 juillet 2009, Société Eurelec Aquitaine, n° 320143

150 CE, 5 juillet 2013, Société des transports urbains du Valenciennois, n°367760

151 S'agissant de la crise sanitaire, voir TA Nice, 31 octobre 2023, Société Nice Eco Stadium, n° 2103109 – TA Polynésie-Française, 9 mai 2023, Société Pae Tai Pae Uta, n°2200206

152 TA Lille, 6 mars 2023, Commune de Brebières, n°2301154

153 CPC, art. 835

Dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le président de la juridiction peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation, y compris une obligation de faire.

## D.2. Régime contentieux

### D.2.1. Exigence d'une décision préalable

**Principe** : Contrairement aux personnes publiques qui disposent en principe du privilège du préalable leur permettant de prononcer elles-mêmes des mesures d'exécution, les personnes privées co-contractantes sont tenues de recourir au juge aux fins de résiliation du contrat ou de condamnation de l'administration à leur verser une indemnité.

Aux termes de l'article R. 421-1 du CJA, « la juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision ». **Cette règle dite « de la décision préalable »** – à laquelle n'échappent plus les contrats portant sur des travaux publics – signifie que le co-contractant de l'administration est irrecevable à saisir directement le juge. Sa requête n'est en effet recevable qu'après l'intervention d'une décision – expresse ou implicite – prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle.

Il appartient par conséquent au demandeur :

- D'une part, de provoquer une décision – à défaut de l'avoir obtenue spontanément – en présentant une demande à l'acheteur ou à l'autorité concédante ;
- D'autre part, de justifier de la liaison du contentieux en produisant la décision attaquée sous peine d'irrecevabilité de la requête.

**Champ d'application** : La règle de la décision préalable s'applique à l'ensemble des demandes, y compris celles présentant un caractère indemnitaire<sup>154</sup>. Elle vise à provoquer une décision favorable de l'administration et, par suite, à prévenir autant que possible la saisine du juge.

Toutefois, les conclusions relatives à une créance née de travaux publics, dirigées contre une personne morale de droit privé qui n'est pas chargée d'une mission de service public administratif « ne sauraient être rejetées comme irrecevables faute de la décision préalable prévue par l'article R. 421-1 du Code de justice administrative »<sup>155</sup>.

Il est par ailleurs fait exception à l'obligation de former un recours contre une décision lorsque la requête vise à obtenir en référé le prononcé d'une mesure utile ordonnée sur le fondement de l'article L. 521-3 du CJA.

**Contenu de la demande préalable** : Destinée à lier le contentieux, la demande préalable doit exposer la ou les causes juridiques sur lesquelles elle se fonde. A cet égard, la jurisprudence est marquée par un réel libéralisme.

<sup>154</sup> CJA, art. R. 421-1 alinéa 2

<sup>155</sup> CE avis, 27 avril 2021, n° 448466 – TA Montreuil, 17 juillet 2023, M. C. c/ Sté Enedis, n° 2100067 – CAA Versailles, 24 juin 2021, Sté Inter Mutuelles Entreprises c/ GRDF, n°19VE01939

En premier lieu, une demande indemnitaire préalable peut ne pas être chiffrée, le montant réclamé pouvant être déterminé en cours d'instance, au besoin après expertise<sup>156</sup>.

En second lieu, une demande indemnitaire préalable peut avoir été incomplète sans que cette circonstance soit de nature à interdire au requérant d'invoquer de nouveaux chefs de préjudice survenus en cours d'instance, sous réserve que cette nouvelle demande soit fondée sur une même cause juridique<sup>157</sup>.

En dépit de cette jurisprudence libérale, il est d'usage que les demandes indemnitaires préalables soient utilement présentées à l'acheteur ou à l'autorité concédante et, en conséquence, qu'elles soient aussi précises que possible.

Il est également recommandé au demandeur de faire apparaître clairement les différents fondements juridiques invoqués, en particulier celui de l'imprévision qui constitue une cause juridique distincte des sujétions imprévues, du fait du prince et de la faute contractuelle.

### D.2.2. Respect des clauses de règlement amiable des différends

**Clauses** : Il est loisible aux parties à un contrat de concession ou à un marché de partenariat de soumettre les litiges susceptibles de survenir entre elles à une procédure de règlement amiable des différends dont les modalités sont définies au contrat (modalités de saisine d'une commission de conciliation et de désignation des membres, délai accordé aux parties pour trouver un accord, condition de saisine du tribunal par la partie la plus diligente, etc.).

S'agissant des marchés publics, les parties peuvent convenir de se référer aux dispositions des CCAG de référence régissant les différends susceptibles de survenir entre elles<sup>158</sup>.

Dans la plupart des cas, ces clauses sont rédigées de telle sorte qu'elles imposent aux parties – sauf renonciation d'un commun accord – la recherche d'une solution amiable préalablement à la saisine de la juridiction s'agissant de l'ensemble des différends pouvant survenir, y compris ceux de nature extra-contractuelle.

**Recours au fond** : Un recours contentieux est irrecevable en l'absence de respect par le demandeur des stipulations contractuelles prévoyant une procédure de règlement amiable des différends<sup>159</sup>.

A cet égard, les juridictions s'attachent à vérifier que les clauses de règlement amiable ont été intégralement respectées<sup>160</sup>.

**Recours en référé** : L'existence d'une clause de règlement amiable des litiges fait également obstacle à ce que le demandeur saisisse directement le juge administratif statuant en référé<sup>161</sup>.

156 CE, 30 juillet 2003, AP-HP, n°244618

157 CE, 5 novembre 2008, Société d'aménagement du Bois de Bouis, n°255266

158 Voir par exemple CCAG-FCS, art. 46 – CCAG-Travaux, art. 55 – CCAG-Maîtrise d'œuvre, art. 35

159 CE, 9 décembre 1991, Snoy, n°84308

160 TA Nice, 31 octobre 2023, Société Nice Eco Stadium, n°2103109

161 Pour un exemple récent dans lequel un concessionnaire réclamait en référé le versement d'une provision suite à l'épidémie de Covid-19, voir TA Pau, 28 août 2023, Société Edeis Tarbes-Lourdes-Pyrénées, n°2002094

A cet égard, la jurisprudence fait preuve de pragmatisme en refusant de fermer l'accès au juge des référés en cas de litige nécessitant une intervention en urgence nonobstant l'existence d'une procédure de conciliation stipulée au contrat et non encore menée à son terme<sup>162</sup>.

L'absence de respect d'une procédure de conciliation stipulée au contrat ne peut être soulevée d'office par le juge<sup>163</sup>.

### D.2.3. Délais de recours contentieux

**Fondement des droits à indemnité : distinction** : Traditionnellement, « la responsabilité contractuelle d'une collectivité publique est susceptible d'être engagée au titre de l'imprévision »<sup>164</sup>. Toutefois, par son avis du 15 septembre 2022<sup>165</sup>, le Conseil d'Etat a estimé que le droit à indemnisation que le co-contractant de la personne publique détient au titre de l'imprévision présente un caractère « extracontractuel ». La Haute juridiction paraît ainsi considérer que l'indemnité d'imprévision ne peut être sollicitée **que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle sans faute de l'autorité publique contractante**<sup>166</sup>.

En revanche, « la théorie des sujétions imprévues est « un fondement de responsabilité contractuelle »<sup>167</sup>, ce que confirme l'avis du 15 septembre 2022 en rappelant que l'indemnité allouée à l'entrepreneur au titre des sujétions imprévues doit figurer dans le décompte général et définitif du marché.

**Conséquence de la distinction** : En matière de responsabilité contractuelle sans faute (sujétions imprévues et fait du prince) et à défaut de stipulations en sens contraire, une demande du co-contractant ne peut faire naître de décision implicite de rejet dans le délai de deux mois courant à compter de sa notification<sup>168</sup>. Dans ce cas, la demande préalable doit être accompagnée d'un délai de mise en demeure librement fixé par le co-contractant au terme duquel le rejet sera considéré comme acquis<sup>169</sup>.

En matière de responsabilité extracontractuelle en revanche, une décision de rejet naît tacitement à l'expiration d'un délai de deux mois, alors même qu'aucune mise en demeure assortie d'un délai n'aurait été notifiée à l'autorité publique contractante. Conformément aux dispositions de l'article L. 112-6 du Code des relations entre le public et l'administration, le délai de recours contentieux contre une cette décision implicite de rejet commence à courir à compter de la date de sa notification par l'autorité publique contractante<sup>170</sup>.

**Besoin de clarification** : La solution consistant à privilégier la nature extracontractuelle du droit à indemnité accordé au titre de l'imprévision paraît s'expliquer par la volonté sous-jacente du Conseil d'Etat de dissocier le versement de cette indemnité – et donc la conclusion de l'accord indemnitaire qui en constitue le fondement – des règles posées par le Code de la commande publique régissant la modification des contrats. Elle laisse toutefois **en suspens des incertitudes procédurales** qu'il serait utile de lever.

162 CAA Bordeaux, 15 septembre 2011, Commune de Parempuyre, n°10BX03106

163 CE, 5 févr. 2014, Sociétés Equalia et Polyxo n°371121

164 CE, 11 juillet 2014, Brunet, n°359980 – voir également CAA Bordeaux, 20 décembre 2018, Entreprise Travaux Plâtrerie, n°15BX04145

165 Paragraphe 18

166 Voir également G. Pellissier, concl. sur CE, 21 octobre 2019, Société Alliance, n°419155 : « l'indemnité d'imprévision, de nature extra-contractuelle, couvre "le montant du déficit provoqué par l'exécution du contrat pendant la période au cours de laquelle celle-ci a été bouleversée par des circonstances imprévisibles" » (souligné par nous).

167 CAA Nancy, 17 octobre 2019, SAS Dybiec Obs, n°17NC02898

168 CJA, art. R. 421-1

169 CE, 22 novembre 2019, Établissement Paris la Défense, n°417752

170 CRPA, art. L. 112-3 et R. 112-5

# **ANNEXE I**

## **EXEMPLES DE CLAUSES ORGANISANT LA FIN ANTICIPÉE DE CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE EN CAS D'IMPOSSIBILITÉ D'EN POURSUIVRE L'EXÉCUTION**



## (i) Concession d'autoroute

*Concession de l'autoroute de contournement de Strasbourg conclue entre l'État et la société concessionnaire de l'autoroute de contournement ouest de Strasbourg pour le financement, la conception, la construction, l'entretien, l'exploitation et la maintenance de l'autoroute A 355 le 29 janvier 2016 et approuvée par le décret n° 2016-72 du 29 janvier 2016 :*

### ARTICLE 37 - RÉSILIATION

**37.1** - Au cas où des événements présentant les caractéristiques de la force majeure rendraient impossible pendant une période d'au moins 12 (douze) mois ou qui dépassera nécessairement 12 (douze) mois, l'exécution du contrat de concession, sa résiliation peut être prononcée par arrêté conjoint du ministre chargé de la voirie nationale, du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du budget, dans les conditions et selon les principes dégagés par la jurisprudence du Conseil d'Etat ou, à la demande du concessionnaire, par le tribunal mentionné à l'article 43 du cahier des charges.

**37.2** - Au cas où, à la suite de la survenue d'un événement visé à l'article 35.3 du cahier des charges, le bouleversement de l'équilibre économique de la concession serait ou deviendrait irrémédiable, le contrat de concession peut être résilié par arrêté conjoint du ministre chargé de la voirie nationale, du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé du budget, dans les conditions et selon les principes dégagés par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Étant précisé que l'article 35 stipule :

### ARTICLE 35 - FAITS NOUVEAUX

**35.1** - Au cas où une modification de la concession, du fait du concédant ou en accord avec lui, notamment une modification de la consistance des travaux ou des modalités d'exploitation, serait de nature à significativement améliorer ou dégrader l'équilibre économique et financier de la concession, les parties arrêtent, dans les meilleurs délais, les mesures, notamment tarifaires, à prendre en vue de permettre la continuité du service public dans des conditions financières sensiblement équivalentes.

**35.2** - En cas de modification de création ou de suppression, après l'entrée en vigueur du contrat de concession. d'une réglementation technique, environnementale ou de sécurité routière présentant un lien direct avec l'objet du contrat de concession et de nature à substantiellement dégrader ou améliorer l'équilibre économique et financier de la concession, à l'exclusion des cas où une modification, une création ou une suppression d'une réglementation a pu être raisonnablement anticipé par le concessionnaire avant l'entrée en vigueur du contrat de concession, dans la mesure où elle a fait l'objet d'une publication ou d'une communication publique, y compris sous la forme de projet, l'Etat et le concessionnaire arrêtent, dans les meilleurs délais, les mesures, notamment tarifaires, à prendre en vue de permettre la continuité du service public dans des conditions financières non significativement détériorées ni améliorées.

**35.3** - Au cas où un fait autre que ceux visés aux articles 35.1 et 35.2 ci-dessus, imprévisible à la date d'entrée en vigueur du contrat de concession et extérieur aux parties entraînerait un bouleversement de l'équilibre économique et financier de la concession, le concessionnaire, dès lors qu'il poursuit l'exécution de ses obligations, peut proposer au concédant les mesures, notamment tarifaires, strictement nécessaires pour lui permettre d'assurer cette exécution. Le concédant notifie sa décision concernant de telles propositions dans un délai de 2 (deux) mois à compter de la réception d'un dossier complet en ce sens.

## (ii) Concession de gare

*Contrat de concession Paris Gare du Nord 2024 conclue entre SNCF Réseau et Gare du Nord 2024 le 22 février 2019 :*

### ARTICLE 54 - RÉSILIATION POUR FORCE MAJEURE

**54.1** - En cas de survenue d'un cas de force majeure, au sens de la jurisprudence administrative, rendant impossible l'exécution de ses obligations au titre du Contrat par la Partie défaillante, nonobstant toutes diligences raisonnablement possibles pour en atténuer les effets sur l'exécution de ses obligations, celui-ci est résilié d'un commun accord par les Parties ou par décision unilatérale de l'Autorité Concédante.

**54.2** - Aucune Partie ne peut être considérée en défaut ou en manquement à ses obligations contractuelles dans la mesure où l'exécution de ses obligations est empêchée par un cas de force majeure. Les Parties s'engagent néanmoins à faire leurs meilleurs efforts pour remplir, autant que possible, leurs obligations.

Si l'une des Parties considère qu'un cas de force majeure empêche l'exécution de ses obligations, elle doit le notifier dans les meilleurs délais à l'autre Partie par télécopie et courrier électronique, confirmé(e) par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Les Parties se concertent alors pour limiter les effets de la force majeure.

**54.3** - L'indemnisation du Concessionnaire en cas de résiliation pour force majeure est, selon qu'il s'agit d'une résiliation totale du Contrat ou d'une résiliation partielle dont l'impact serait soit inférieur soit égal ou supérieur à ... pour cent (...) du Taux d'Occupation Financier, fixée par l'Article 53.2, l'Article 53.4 ou l'Article 53.5, exclusion faite du Manque à gagner et étant précisé que les coûts visés au (iv) des Articles 53.2, 53.4 et 53.5 seront indemnisés dans la limite de ... pour cent (...) du montant du contrat avec le tiers considéré.

Les redevances dues par le Concessionnaire seront ajustées dans les conditions prévues à l'article 24.3.1 de la COT-DR.

**54.4** - En cas de résiliation du Contrat pour force majeure, les Biens Concédés qui ont été créés par le Concessionnaire ou sur lesquels celui-ci a réalisé des investissements dans le cadre du présent Contrat deviennent propriété de l'Autorité Concédante, sans aucune formalité et moyennant l'indemnité visée ci-avant. Ils devront être en état normal d'entretien et de fonctionnement.

Dès la réception par le Concessionnaire de la notification visée à l'Article 54.2, aux fins de réaliser la remise des Biens Concédés, un programme de remise en état desdits biens est arrêté sur la base d'un inventaire complet établi au préalable contradictoirement entre les Parties, comprenant les caractéristiques et les dates de mise en exploitation, prescrivant les actions rectificatives et travaux à réaliser pour remettre les Biens Concédés en état normal d'entretien et de fonctionnement, et une estimation de leur coût. Cet inventaire sera également complété par une fiche signalétique permettant de déterminer les travaux et modifications d'ores et déjà réalisés sur l'ensemble des Biens Concédés.

Le Concessionnaire doit à l'Autorité Concédante une somme égale à ... pour cent (...) de ce coût si les actions rectificatives et travaux à réaliser ne sont pas achevés par le Concessionnaire à la date de prise d'effet de la résiliation totale ou partielle. Ce montant est le cas échéant déduit de l'indemnité de résiliation visée à l'Article 54.3.

En tout état de cause, le versement des indemnités intervient au plus tard soixante (60) jours après la date de prise d'effet de la résiliation.

Étant précisé que les articles 53.2, 53.4 et 53.5 prévoient que :

**53.2** - En cas de résiliation totale de la Concession, le Concessionnaire aura droit à une indemnité égale à la somme des éléments suivants :

- i. la Valeur Nette Comptable ;
- ii. le Manque à gagner (tel que ce terme est défini à l'alinéa ci-après) ;
- iii. la valeur nette comptable éventuellement due aux Sous-Occupants ;
- iv. si la résiliation intervient avant la Date Effective de Mise en Service, les coûts, dûment justifiés, supportés par le Concessionnaire du fait de la résiliation anticipée du Contrat au titre des contrats conclus par le Concessionnaire avec des tiers pour les besoins de la mise en œuvre du Projet (à l'exclusion des sommes dues aux Créanciers Financiers et aux Sous-Occupants), dans la limite de pour cent () du montant du contrat avec le tiers considéré;
- v. le cas échéant, la TVA à reverser ; et
- vi. les Coûts de Rupture.

Le Manque à gagner est défini comme le montant le moins élevé entre (i) la moyenne des excédents bruts d'exploitation (« EBE ») constatés au cours des ... années précédant la date d'effet de la résiliation et (ii) la moyenne des EBE prévisionnels au cours des cinq (5) années à venir (la première des ... années prise en compte pour les besoins du calcul de la moyenne visée au (i) étant l'année en cours à la date d'effet de la résiliation), ce montant étant multiplié, qu'il s'agisse du montant visé au (i) ou de celui visé au (ii), par la durée la plus basse entre ... années et le nombre d'années restant à courir, à la date d'effet de la résiliation, jusqu'au terme normal du Contrat. Pour les besoins du calcul du Manque à gagner, il ne sera pas tenu compte des années précédant la Date Effective de Mise en Service; en outre, il sera tenu compte uniquement des années précédant le terme normal du Contrat.

Seront déduites de l'indemnité les éventuelles pénalités dues par le Concessionnaire à l'Autorité Concédante au titre de la présente Concession.

En aucun cas, les durées d'amortissement à prendre effectivement en compte pour le calcul de l'indemnité de la résiliation ne dépasseront le terme de la présente Concession.

**53.4** - En cas de résiliation partielle de la Concession dont l'impact serait inférieur à ... pour cent (...%) du Taux d'Occupation Financier, l'Autorité Concédante doit en avertir le Concessionnaire six (6) mois avant la date d'effet souhaitée de la résiliation partielle ;

Le Concessionnaire aura droit à une indemnité égale à la somme des éléments suivants :

- i. la Valeur Nette Comptable Partielle ;
- ii. si la résiliation partielle porte sur ... pour cent ... %) du Taux d'Occupation Financier ou plus, le Manque à gagner (tel que ce terme est défini à l'alinéa suivant) au titre des Biens Concédés objet de la résiliation partielle ;

- iii. la valeur nette comptable éventuellement due aux Sous-Occupants ;
- iv. si la résiliation intervient avant la Date Effective de Mise en Service, les coûts, dûment justifiés, supportés par le Concessionnaire du fait de la résiliation partielle anticipée du Contrat au titre des contrats conclus par le Concessionnaire avec des tiers pour les besoins de la mise en œuvre du Projet (à l'exclusion des sommes dues aux Créanciers Financiers et aux Sous-Occupants), dans la limite de pour cent (%) du montant du contrat avec le tiers considéré, à proportion de la résiliation partielle opérée ;
- v. le cas échéant, la TVA à reverser ; et
- vi. les Coûts de Rupture.

Pour les besoins du présent Article 53.4, le Manque à gagner est défini comme le montant le moins élevé entre (i) la moyenne des EBE constatés au cours des ... années précédant la date d'effet de la résiliation et (ii) la moyenne des EBE prévisionnels au cours des ... années à venir (la première des ... années prise en compte pour les besoins du calcul de la moyenne visée au (ii) étant l'année en cours à la date d'effet de la résiliation), ce montant étant multiplié, qu'il s'agisse du montant visé au (i) ou de celui visé au (ii), par la durée la plus basse entre ... années et le nombre d'années restant à courir, à la date d'effet de la résiliation, jusqu'au terme normal du Contrat. Pour les besoins du calcul du Manque à gagner, il ne sera pas tenu compte des années précédant la Date Effective de Mise en Service; en outre, il sera tenu compte uniquement des années précédant le terme normal du Contrat. Par ailleurs, si la résiliation intervient à compter du début de la seizième (16<sup>ème</sup>) année suivant la Date Effective de Mise en Service, le Manque à gagner sera calculé sur une période de ... années considérées au lieu de ... années considérées.

Seront déduites de l'indemnité les éventuelles pénalités dues par le Concessionnaire à l'Autorité Concédante au titre de la présente Concession.

En aucun cas, les durées d'amortissement à prendre effectivement en compte pour le calcul de l'indemnité de la résiliation ne dépasseront le terme de la présente Concession.

Le Concessionnaire et l'Autorité Concédante s'accordent sur le principe prioritaire de la recherche de solutions de relocalisation des Activités Concédées dans d'autres emplacements existants ou à créer dans la Gare en contrepartie des réductions de surface constatées.

Si aucune relocalisation n'est proposée par l'Autorité Concédante, ou si le Concessionnaire n'accepte pas la proposition de relocalisation (ce refus devant être dûment motivé) et parvient à établir qu'il ne suffirait pas à compenser intégralement le préjudice subi par lui du fait du retrait partiel et de l'échange, les Parties négocieront pendant un délai d'au moins deux (2) mois (compris dans le délai de préavis de six (6) mois aux fins de tenter de déterminer d'un commun accord la nature et le montant de ce préjudice à indemniser).

En cas d'échec de leurs négociations, les Parties feront appel à un tiers auquel sera confiée la mission d'évaluer le montant du préjudice subi par le Concessionnaire du fait de la résiliation partielle, sans que les conclusions de ce tiers (qui devront être rendues avant l'expiration du délai de six (6) mois susvisé) aient l'autorité de la chose jugée ou lient les Parties de quelque autre manière que ce soit, celles-ci restant libres de saisir la juridiction compétente pour obtenir la fixation par voie de décision juridictionnelle du montant adéquat d'indemnité devant être payé au Concessionnaire par l'Autorité Concédante.

L'Autorité Concédante pourra demander au Concessionnaire de surseoir à la libération des Biens Concédés concernés par la résiliation partielle, à l'expiration du délai de préavis de six (6) mois, l'Autorité Concédante pouvant revenir sur sa décision de résiliation partielle une fois connues les conditions de l'indemnisation négociées avec le Concessionnaire ou proposées par le tiers consulte.

**53.5** - Dans les cas de résiliation partielle de la Concession autres que ceux visés au titre des Articles 53.3 et 53.4, l'Autorité Concédante doit en avertir le Concessionnaire un (1) an avant la date d'effet souhaitée de la résiliation partielle.

Dans ce cas, le Concessionnaire aura droit à une indemnité égale à la somme des éléments suivants:

- i. la Valeur Nette Comptable Partielle ;
- ii. le Manque à gagner (tel que ce terme est défini à l'Article 53.2 ci-avant) au titre de l'exploitation des Biens Concédés objet de la résiliation partielle ;
- iii. la valeur nette comptable éventuellement due aux Sous-Occupants ;
- iv. si la résiliation intervient avant la Date Effective de Mise en Service, les coûts, dûment justifiés, supportés par le Concessionnaire du fait de la résiliation partielle anticipée du Contrat au titre des contrats conclus par le Concessionnaire avec des tiers pour les besoins de la mise en œuvre du Projet (à l'exclusion des sommes dues aux Créanciers Financiers et aux Sous-Occupants), dans la limite de ... pour cent (...%) du montant du contrat avec le tiers considéré, à proportion de la résiliation partielle opérée ;
- v. le cas échéant, de la TVA à reverser ; et
- vi. les Coûts de Rupture.

Les redevances dues par le Concessionnaire seront ajustées dans les conditions prévues à l'article 24.3.1 de la COT-DR.

Le Concessionnaire et l'Autorité Concédante s'accordent sur le principe prioritaire de la recherche de solutions de relocalisation des Activités Concédées dans d'autres emplacements existants ou à créer dans la Gare en contrepartie des réductions de surface constatées.

Si aucune relocalisation n'est proposée par l'Autorité Concédante, ou si le Concessionnaire n'accepte pas la proposition de relocalisation (ce refus devant être dûment motivé) et parvient à établir qu'il ne suffirait pas à compenser intégralement le préjudice subi par lui du fait du retrait partiel et de l'échange, les Parties négocieront pendant un délai d'au moins deux (2) mois (compris dans le délai de préavis d'un (1) an aux fins de tenter de déterminer d'un commun accord la nature et le montant de ce préjudice à indemniser.

En cas d'échec de leurs négociations, les Parties feront appel à un tiers auquel sera confiée la mission d'évaluer le montant du préjudice subi par le Concessionnaire du fait de la résiliation partielle, sans que les conclusions de ce tiers (qui devront être rendues avant l'expiration du délai d'un (1) an susvisé) aient l'autorité de la chose jugée ou lient les Parties de quelque autre manière que ce soit, celles-ci restant libres de saisir la juridiction compétente pour obtenir la fixation par voie de décision juridictionnelle du montant adéquat d'indemnité devant être pavé au Concessionnaire par l'Autorité Concédante.

L'Autorité Concédante pourra demander au Concessionnaire de surseoir à la libération des Biens Concédés concernés par la résiliation partielle, à l'expiration du délai de préavis d'un (1) an, l'Autorité Concédante pouvant revenir sur sa décision de résiliation partielle une fois connues les conditions de l'indemnisation négociées avec le Concessionnaire ou proposées par le tiers consulté.

### (iii) Concession de ports

*Concession des Ports de Calais et de Boulogne-sur-Mer conclue entre la Région Nord-Pas-de-Calais et la Société d'Exploitation des Ports du Déroit le 19 février 2015 :*

#### **ARTICLE 75 - RÉSILIATION POUR FORCE MAJEURE**

En cas de Force Majeure ou d'Imprévision, rendant impossible l'exécution du Contrat pour une durée supérieure à trois (3) mois, ou qui est de nature à rendre impossible l'exécution du Contrat pour une durée qui va nécessairement excéder trois (3) mois, la résiliation du Contrat, le cas échéant à la demande du Concessionnaire, pourra être prononcée par la Région, ou par voie juridictionnelle.

La Région verse, pour solde de tout compte, l'indemnité visée à l'Article 74.2, à l'exclusion de tout manque à gagner et notamment des montants ci-dessous visés à l'Article 74.2 du présent Contrat :

- au sous-paragraphe (i) de la composante C2) (lesquels sont remplacés, pour les besoins du présent Article et uniquement en cas d'événement de Force Majeure n'ayant pas d'impact sur les fonctionnalités du nouveau terminal Calais Port 2015, par ceux visés au paragraphe (i) de la composante C2) de l'Article 76.3) ;
- au paragraphe E) ; et
- indemnisation au titre du manque à gagner des sous-contractants du Subdélégataire Calais Port 2015 et du Concessionnaire, en ce compris l'indemnisation pour manque à gagner du Concepteur-Réalisateur,

étant précisé que, si la résiliation intervient avant la Date de Début d'Exploitation, l'indemnité applicable est définie à l'Article 77.1.

L'indemnité est payée, le cas échéant, majorée de la TVA due au Trésor Public par le Concessionnaire ou par le Subdélégataire Calais Port 2015, dans un délai de six (6) mois à compter de la prise d'effet de la résiliation. Le montant de l'indemnité due par la Région (hors composante C1) sera également augmenté des frais de portage entre la date de prise d'effet de la résiliation et la date effective de versement de l'indemnité au taux légal des intérêts moratoires en vigueur à la date de prise d'effet de la résiliation.

Étant précisé que l'article 74.2 stipule que :

#### **74.2 - Indemnisation**

La Région verse au Concessionnaire (ou, concernant les sommes visées au C ci-dessous, au Subdélégataire Calais Port 2015 en application de la stipulation pour autrui prévue à l'Article 72.3), pour solde de tout compte, une indemnité dont le montant est égal à  $A + B + C - D + E - F$  (sans double comptage) :

A) La somme des montants suivants, plafonnée à la somme du montant de l'encours des instruments de dette souscrits par le Concessionnaire, et de l'encours des instruments de fonds propres (capital social et prêt subordonnée d'actionnaires) du Concessionnaire dont l'échéancier figure en Annexe 21, et majorée des intérêts courus et non échus ou échus et non payés à la date de prise d'effet de la résiliation :



- (i) pour les Opérations d'Investissements ayant fait l'objet d'un Constat d'Achèvement par la Région et les autres biens immobilisés ne résultant pas d'une Opération d'Investissement, la Valeur Nette Comptable Contractuelle, à la date de prise d'effet de la résiliation, des Biens de Retour et des Biens Repris (à l'exception de ceux réalisés par le Subdélégataire Calais Port 2015) ;
- (ii) pour les Opérations d'Investissements n'ayant pas fait l'objet d'un Constat d'Achèvement, la somme, à la date de prise d'effet de la résiliation, des montants d'investissement prévisionnels ayant réellement été décaissés et des éventuels frais financiers intercalaires réellement décaissés (dans chaque cas, à l'exception de ceux l'ayant été par le Subdélégataire Calais Port 2015) ;

B) Un montant égal à la somme (i)+ (ii) :

- (i) les coûts réels, directs et certains, le cas échéant, de rupture anticipée des instruments de couverture du risque de taux souscrits par le Concessionnaire et de réemploi des instruments de financement souscrits par le Concessionnaire, calculés conformément aux documents de financements relatifs aux instruments de couverture ou de financement susmentionnés, à l'exclusion de tout manque à gagner des créanciers financiers ;
- (ii) les coûts réels, directs et certains, le cas échéant, de rupture anticipée des contrats de fournitures et de prestations passés par le Concessionnaire pour l'accomplissement normal des missions lui ayant été confiées par le Contrat (à l'exception du contrat de subdélégation conclu par le Concessionnaire avec le Subdélégataire Calais Port 2015) et pour lesquels la Région aurait décidé de ne pas se substituer au Concessionnaire. Ces coûts seront plafonnés à un montant global de ... euros, valeur juillet 2014 et indexé à ... pourcent (...%) par an ;

C) Sauf si la Région se substitue au Concessionnaire au titre du contrat de subdélégation qu'il a conclu avec le Subdélégataire Calais Port 2015 (sous réserve, dans ce cas, des stipulations de l'Article 77.2 et de l'article 6.1 de la Convention Quadripartite), les composantes (C1) et (C2) ci-après, sans compensation entre ces deux éléments :

C1 est égal à la Valeur de Paiement Anticipé - Intérêt Général, déterminée à la Date de Calcul de la Valeur de Paiement Anticipé, ce montant étant augmenté des frais de portage entre la Date de Calcul de la Valeur de Paiement Anticipé et la date de paiement effectif de cette somme au taux des intérêts des Instruments de Dette concernés ;

C2 est égal à la somme des éléments suivants : (i)+(ii)+(iii)

- (i) l'encours des Instruments de Fonds Propres majoré des intérêts courus et non échus ou échus et non payés à la date de prise d'effet de la résiliation;
- (ii) les coûts réels, directs et certains, le cas échéant, de rupture anticipée des contrats de fournitures et de prestations passés par le Subdélégataire Calais Port 2015 pour l'accomplissement normal des missions lui ayant été confiées aux termes du contrat de subdélégation conclu avec le Concessionnaire conformément aux stipulations de l'Article 13. Ces coûts incluent (x) les sommes restant dues, le cas échéant, aux sous-contractants du Subdélégataire Calais Port 2015, en ce compris le Concepteur-Réalisateur au titre des prestations effectuées sur justificatifs et (y) l'indemnisation au titre du manque à gagner des sous-contractants du Subdélégataire Calais Port 2015 dans la limite de d'euros, valeur juillet 2014 et indexé à ... pourcent (...%) par an, cette limite ne s'appliquant pas à l'indemnisation du manque à gagner du Concepteur-Réalisateur qui est, quant à elle, plafonnée à ... % du coût des travaux restant à réaliser par le Concepteur Réalisateur à la date de résiliation;



- (iii) une indemnité pour manque à gagner du Subdélégataire Calais Port 2015 correspondant à la différence (1) - (2) avec :

1. un montant égal :

- a. si la résiliation a lieu avant la date intervenant trente (30) ans après la Date d'Entrée en Vigueur : à la somme actualisée à la date de prise d'effet de la résiliation, au taux annuel de ... pourcent (... %), des Flux Financiers Futurs Prévisionnels de Référence envers les actionnaires du Subdélégataire Calais Port 2015 au titre des Instruments de Fonds Propres injectés par ces derniers, pour la durée comprise entre la date de prise d'effet de la résiliation et l'échéance normale du Contrat, dans la limite toutefois d'un montant total de ... millions d'euros courants,
- b. si la résiliation intervient trente (30) ans après la Date d'Entrée en Vigueur : le produit de (x) la somme actualisée à la date de prise d'effet de la résiliation, au taux annuel de a pourcent (%). des Flux Financiers Futurs Prévisionnels de Référence envers les actionnaires du Subdélégataire Calais Port 2015 au titre des Instruments de Fonds Propres injectés par ces derniers, pour la durée comprise entre la date de prise d'effet de la résiliation et l'échéance normale du Contrat, dans la limite toutefois d'un montant total de ... millions d'euros courants et (y) le coefficient suivant:

2. l'encours des Instruments de Fonds Propres.

- d. l'éventuel solde créditeur, à la date de prise d'effet de la résiliation, ajuste des opérations bancaires en cours à cette date, des comptes bancaires du Subdélégataire Calais Port 2015, en ce compris le solde créditeur du (ou des) Fonds de Renouvellement du Subdélégataire Calais Port 2015 conformément à l'Article 61.2 mais à l'exclusion de celui du Compte de Réserve d'indexation, en ce compris (sans double comptage) les Subventions d'Équipement versées par la Région au Subdélégataire Calais Port 2015 entre la Date d'Entrée en Vigueur et la date de prise d'effet de la résiliation et non encore utilisées par le Subdélégataire Calais Port 2015).
- e. Une indemnité pour manque à gagner du Concessionnaire (à l'exclusion de celui du Subdélégataire Calais Port 2015) au titre de l'Exploitation des Ports correspondant à la différence (1) - (2) avec :
  - 1. un montant égal à la somme actualisée à la date de prise d'effet de la résiliation au taux annuel de ... pourcent (... %), des flux financiers prévisionnels envers les Actionnaires au titre des fonds propres (capital social et prêt subordonné d'actionnaires), injectés par ces derniers, pour la durée comprise entre la date de prise d'effet de la résiliation et l'échéance normale du Contrat. Ces flux prévisionnels sont calculés à partir d'un plan d'affaires actualisé à la date de la résiliation par un expert indépendant désigné dans les conditions fixées à l'Article 81.1. Ce montant est plafonné à ... millions d'euros courants;
  - 2. l'encours des instruments de fonds propres du Concessionnaire.
- f. L'addition des montants suivants :
  - (i) les Pénalités dues en application du Contrat et non payées par le Concessionnaire à la date de résiliation ;
  - (ii) l'éventuel solde créditeur, à la date de prise d'effet de la résiliation, ajuste des opérations bancaires en cours à cette date, des comptes bancaires du Concessionnaire, en ce compris le solde créditeur du (ou des) Fonds de Renouvellement du Concessionnaire et le solde créditeur du Compte de Réserve CSP ;

- (iii) les éventuelles Redevances dues à la date de prise d'effet de la résiliation et non encore payées par le Concessionnaire à la Région ;
- (iv) les coûts correspondant à la remise en état des Biens de Retour et des Biens Repris pour autant que l'Inventaire contradictoire mis à jour conformément à l'Article 72 fasse état d'un mauvais entretien desdits Biens ;
- (v) le montant positif correspondant, le cas échéant, aux gains résultant de la rupture anticipée des instruments de couverture du risque de taux ou équivalent souscrits par le Concessionnaire pour l'accomplissement normal des missions lui ayant été confiées par le Contrat.

Dans tous les cas, la Région ne pourra pas compenser les sommes visées au paragraphe F) ci-dessus avec celles visées au paragraphe C) ci-dessus.

L'indemnité est payée, le cas échéant, majorée de la TVA due au Trésor Public par le Concessionnaire ou le Subdélégataire Calais Port 2015, dans un délai de six (6) mois à compter de la prise d'effet de la résiliation. Le montant de l'indemnité due par la Région (hors composante C1) sera également augmenté des frais de portage entre la date de prise d'effet de la résiliation et la date effective de versement de l'indemnité au taux légal des intérêts moratoires en vigueur à la date de prise d'effet de la résiliation.

Et que l'article 76.3 prévoit que :

### **76.3 - Indemnisation**

La Région verse au Concessionnaire (ou, concernant les sommes visées au C ci-dessus, au Subdélégataire Calais Port 2015 en application de la stipulation pour autrui prévue à l'Article 72.3), pour solde de tout compte, et étant précisé que si la résiliation pour faute intervient dans les conditions prévues à l'Article 5 l'indemnité applicable est définie à l'Article 77, une indemnité dont le montant est égal à  $A + B + C - D - E$  (sans double comptage) :

A) La somme des montants suivants, plafonnée à la somme du montant de l'encours des instruments de dette souscrits par le Concessionnaire et de l'encours des instruments de fonds propres (capital social et prêt subordonné d'actionnaires) du Concessionnaire, dont l'échéancier figure en Annexe 21 et tel que cet échéancier sera mis à jour conformément à ladite Annexe, et majorée des intérêts courus et non échus ou échus et non payés à la date de prise d'effet de résiliation :

- (i) pour les Opérations d'Investissements ayant fait l'objet d'un Constat d'Achèvement par la Région et les autres biens immobilisés ne résultant pas d'une Opération d'Investissement, la Valeur Nette Comptable Contractuelle, à la date de prise d'effet de la résiliation, des Biens de Retour et des Biens Repris (à l'exception de ceux réalisés par le Subdélégataire Calais Port 2015) ;
- (ii) pour les Opérations d'Investissements n'ayant pas fait l'objet d'un Constat d'Achèvement, la somme, à la date de prise d'effet de la résiliation, des montants d'investissement prévisionnels ayant réellement été décaissés et des éventuels frais financiers intercalaires réellement décaissés (dans chaque cas, à l'exception de ceux l'ayant été par le Subdélégataire Calais Port 2015) ;

B) Les coûts réels, directs et certains, le cas échéant, de rupture anticipée des instruments de couverture du risque de taux conclus par le Concessionnaire et des réemploi des instruments de financement conclus par le Concessionnaire, calculés conformément aux documents de financement relatifs aux instruments de couverture ou de financement susmentionnés; à l'exclusion de tout manque à gagner des créanciers financiers,

C) Sauf si la Région se substitue au Concessionnaire au titre du contrat de subdélégation qu'il a conclu avec le Subdélégataire Calais Port 2015 (sous réserve, dans ce cas, des stipulations de l'Article 77.2 et de l'article 6.1 de la Convention Quadripartite), les composantes (C1) et (C2) ci-après, sans compensation entre ces deux éléments :

- C1 est égal à la Valeur de Paiement Anticipé, déterminée à la Date de Calcul de la Valeur de Paiement Anticipé, ce montant étant augmenté des frais de portage entre la Date de Calcul de la Valeur de Paiement Anticipé et la date de paiement effectif de cette somme au taux des Instruments de Dette concernés ;
  - C2 est égal à la différence entre les éléments suivants : (i)-(ii) :
- (i) si la résiliation pour faute du Contrat en application de l'Article 76 n'est pas due à un manquement du Subdélégataire Calais Port 2015, la somme (x) des montants restant dus, le cas échéant, aux sous-contractants du Subdélégataire Calais Port 2015 (en ce compris le Concepteur-Réalisateur) au titre des prestations effectuées en application du contrat conclu entre le Concessionnaire et le Subdélégataire Calais Port 2015 conformément à l'Article 13, et pour autant que lesdits montants soient dûment justifiés, ces montants étant plafonnés (à l'exception des montants dus au Concepteur-Réalisateur) à la somme de ... d'euros hors taxes valeur novembre 2013, indexé annuellement en application de l'indice TP01 et (y) d'un montant correspondant au remboursement et à la rémunération des Instruments de Fonds Propres du Subdélégataire Calais Port 2015 pendant la période démarrant à la date de leur injection et s'achevant à la date de prise d'effet de la résiliation, égal à :
- i. si la résiliation a lieu avant la Date Effective d'Achèvement des Travaux : fois l'encours des Instruments de Fonds Propres du Subdélégataire Calais Port 2015 injectés à la date de prise d'effet de la résiliation,
  - ii. si la résiliation a lieu après la Date Effective d'Achèvement des Travaux, au produit de :
    1. ... fois l'encours des Instruments de Fonds Propres du Subdélégataire Calais Port 2015 constaté à la Date Effective d'Achèvement des Travaux ; et
    2. le coefficient défini de la façon suivante : ...
- (ii) l'éventuel solde créditeur, à la date de prise d'effet de la résiliation, ajusté des opérations bancaires en cours à cette date, des comptes bancaires du Subdélégataire Calais Port 2015, en ce compris le solde créditeur du (ou des) Fonds de Renouvellement du Subdélégataire Calais Port 2015 mais à l'exclusion de celui du Compte de Réserve d'Indexation, en ce compris (sans double comptage) les Subventions d'Équipement versées par la Région au Subdélégataire Calais Port 2015 entre la Date d'Entrée en Vigueur et la date de prise d'effet de la résiliation et non encore utilisées par le Subdélégataire Calais Port 2015).
- D) Le préjudice de la Région calculé par addition des montants suivants :
- (i) préjudice forfaitaire lié au retard dans la réalisation et au renchérissement des Opérations d'Investissements en cours à la date de prise d'effet de la résiliation, estimé à ... pourcent (...%) des montants des travaux restant à réaliser à la date de prise d'effet de la résiliation au titre desdites Opérations d'Investissements ;
  - (ii) préjudice réel, direct et certain correspondant à la mise en sécurité des chantiers ;

- (iii) préjudice réel, direct et certain correspondant au coût de mobilisation d'un nouvel opérateur susceptible de poursuivre les Opérations d'Investissements en cours, plafonné à ... millions d'euros valeur juillet 2014 indexé à ... pourcent (...%) par an ;
- (iv) préjudice réel, direct et certain correspondant aux troubles induits par le ou les manquements du Concessionnaire compromettant l'exploitation des Ports dans de bonnes conditions, plafonné à ... pourcent (...%) du chiffre d'affaires annuel prévisionnel de l'année au cours de laquelle est prononcée la résiliation ;
- (v) préjudice réel, direct et certain correspondant au transfert à la Région du risque lié à la fréquentation et de performance des Ports, plafonné à ...pourcent (...%) du chiffre d'affaires annuel prévisionnel de l'année au cours de laquelle est prononcée la résiliation ;
- (vi) préjudice réel, direct et certain correspondant à la remise en état des Biens de Retour et des Biens Repris pour autant que l'Inventaire contradictoire fasse état d'un mauvais entretien desdits Biens conformément à l'Article 32 ;
- (vii) montant payable par la Région au titre du paragraphe (i) de la composante C2) ci-dessus ;

étant précisé qu'en toute hypothèse, le préjudice de la Région au titre des items (i) à (vi) visés ci-dessus est plafonné à ... millions d'euros valeur juillet 2014 indexé à ... pourcent (...%) par an.

E) L'addition des montants suivants :

- (i) les Pénalités dues en application du Contrat et non payées par le Concessionnaire à la date de résiliation ;
- (ii) l'éventuel solde créditeur, à la date de prise d'effet de la résiliation, ajusté des opérations bancaires en cours à cette date, des comptes bancaires du Concessionnaire, en ce compris ceux du (ou des) Fonds de Renouvellement du Concessionnaire mais à l'exclusion du Compte de Réserve CSP ;
- (iii) les éventuelles Redevances dues à la date de prise d'effet de la résiliation et non encore payées par le Concessionnaire à la Région ;
- (iv) le montant positif correspondant, le cas échéant, aux gains résultant de la rupture anticipée des instruments de couverture du risque de taux ou équivalent passés par le Concessionnaire,

étant entendu que dans tous les cas, la Région ne pourra en aucun cas compenser les sommes visées aux paragraphes D) et E) ci-dessus avec celles visées au paragraphe C) ci-dessus, étant toutefois précisé que si la résiliation a pour origine une faute du Subdélégataire Calais Port 2015, une telle interdiction de compenser ne s'appliquerait toutefois qu'à la composante C1 permettant de désintéresser totalement les Créanciers Financiers.

Si l'indemnité est négative, celle-ci sera due par le Concessionnaire à la Région.

L'indemnité est payée, le cas échéant, majorée de la TVA due au Trésor Public par le Concessionnaire ou le Subdélégataire Calais Port 2015, dans un délai de 6 mois à compter de la prise d'effet de la résiliation.

Le montant de l'indemnité due par la Région (hors composante C1) ou par le Concessionnaire sera également augmenté des frais de portage entre la date de prise d'effet de la résiliation et la date effective de versement de l'indemnité au taux légal des intérêts moratoires en vigueur à la date de prise

d'effet de la résiliation.

L'article 77 indique quant à lui que :

## **ARTICLE 77 - STIPULATIONS PARTICULIÈRES RELATIVES À LA RÉSILIATION**

### **77.1 - Résiliation avant la Date de Début d'Exploitation**

En cas de résiliation du Contrat dans les conditions prévues à l'Article 5, la Région verse au Subdélégataire Calais Port 2015 en application de la stipulation pour autrui prévue à l'Article 72.3, pour solde de tout compte, une indemnité dont le montant est égal à  $A + B - C$  avec :

A) les sommes dues et impayées au titre des Prestations Indemnifiables effectivement réalisées ou engagées à la date de prise d'effet de la résiliation, sur présentation de justificatifs, dans la limite d'un montant maximum net de taxes de ... millions d'euros ;

B) un montant forfaitaire net de taxes de ... correspondant au montant forfaitaire dû par le Subdélégataire Calais Port 2015 au Concepteur-Réalisateur en cas de résiliation du Contrat de Conception-Réalisation en pareilles circonstances ; et

C) les Subventions d'Équipement versées par la Région au Subdélégataire Calais Port 2015 entre la Date d'Entrée en Vigueur et la date de prise d'effet de la résiliation et non encore utilisées par le Subdélégataire Calais Port 2015.

Si l'indemnité est négative, celle-ci sera due par le Concessionnaire à la Région.

## **(iv) Délégation de réseau très haut débit**

*Délégation de service public relative à la conception, à l'établissement et à l'exploitation du réseau Très Haut Débit des départements de Loir-et-Cher et de l'Indre-et-Loire conclue entre le Syndicat Mixte Ouvert Val de Loire Numérique et la société TDF Fibre le 26 décembre 2017 :*

### **4.5.2 - Résiliation pour force majeure**

Au cas de survenue d'un cas de force majeure bouleversant l'équilibre économique de la Convention, le Délégué et/ou de Déléguant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation ou sur une résiliation de la présente Convention d'un commun accord, peuvent demander au juge administratif la résiliation de la Concession.

La résiliation de la Convention de délégation ouvre droit à une indemnisation du Délégué dans les conditions de la résiliation pour motif d'intérêt général définies à l'article 4.5.1 à l'exclusion de l'indemnité au titre des pertes de bénéfices raisonnablement escomptés.

Étant précisé que l'article 4.5.1 prévoit que :

## **4.5 - Fin de la Convention**

### **4.5.1 - Résiliation pour motif d'intérêt général**

Le Syndicat dispose de la possibilité de résilier unilatéralement la Convention de délégation de service public, pour un motif d'intérêt général. Il avisera le Délégué de sa décision de résilier unilatéralement

la Convention de délégation de service public par lettre recommandée avec accusé de réception, moyennant un préavis de six (6) mois. L'échéance de ce préavis ou toute autre date fixée dans la décision de résiliation au-delà de ces six mois constituera la date d'effet de la résiliation.

Dans ce cas, le Déléataire a droit à l'indemnisation du préjudice subi, en cohérence avec une offre financée sans emprunt externe, dont les modalités de calcul sont précisées ci-après :

- La valeur nette comptable des investissements portés par le Déléataire diminué de la part des subventions non encore reprise au compte de résultat au jour de la résiliation, telle que dûment reportée au dernier inventaire actualisé transmis au Délégant au jour de la prise d'effet de la résiliation, diminuée de l'encours des provisions et des produits constatés d'avance à rendre au Délégant conformément à l'article 4.5.8. et des éventuelles Pénalités dues et non encore payées à la date de prise d'effet de la résiliation ;
- Toutes les dépenses occasionnées au Déléataire par la cessation anticipée de la Convention, strictement nécessaires pour assurer la cessation de la Convention et dûment justifiées par le Déléataire dans leur principe et leur montant, à l'exclusion de celles (i) qui auraient dû être supportées à l'expiration normale de la Convention, (i) qui résultent d'engagements anormaux pris par le Déléataire et (ii) qui pourront être évitées si le Délégant décide de reprendre lui-même les contrats concernés ;
- Une indemnité au titre des pertes de bénéfices raisonnablement escomptés tels qu'évalués au jour de la résiliation et actualisés au TRI opérationnel du plan d'affaire initial détaillé en Annexe 14 de la présente Convention.

Le montant de l'indemnité ainsi calculé est majoré, le cas échéant, de la TVA à reverser au Trésor public et des intérêts courus et non échus ou échus et on payés entre la date de prise d'effet de la résiliation et la date de versement de l'indemnité.

Les indemnités sont fixées à l'amiable, selon les modalités définies ci-avant et de manière qu'aucun chef de préjudice ne fasse l'objet d'une double indemnisation, notamment s'agissant des coûts d'indemnisation des matériaux, équipements et matériels prévus, au titre de l'indemnisation en cas de résiliation, dans les sous contrats conclus passés entre la société de projet et sa ou ses maison (s)-mère(s) déjà indemnisés au titre de la valeur nette comptable des investissements portés par le Déléataire.

A défaut d'accord entre les Parties cette indemnité est fixée par la juridiction administrative territorialement compétente.

Le délai de paiement de cette indemnité est de trente (30) jours courant à compter de la date à laquelle, la décision de résiliation étant notifiée, le montant de l'indemnité est arrêté dans les conditions susvisées.

## (v) Délégation de réseau de chaleur et de froid urbains

*Délégation du service public de chaud et de froid urbains Centre Métropole conclue entre la Métropole de Lyon et la société ELM le 4 octobre 2016 :*

### ARTICLE 84 - RÉSILIATION POUR FORCE MAJEURE

Cité par Article 7, 11.1, Article 48, Article 75

En cas de résiliation du Contrat consécutif à un événement de Force Majeure, le Délégataire percevra du Délégant une indemnité calculée comme il est dit à l'Article 83, diminuée de l'indemnisation de l'élément (iii).

Est déduit de cette indemnité globale de retrait l'ensemble des indemnités perçues par le Délégataire au titre des polices d'assurance souscrites par lui et couvrant l'événement de Force Majeure considéré.

Ces indemnités sont réglées au Délégataire dans un délai de 12 mois à partir de la date de prise d'effet de la résiliation. En cas de retard dans la date de paiement, le montant de l'indemnité sera majoré des intérêts moratoires calculés au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage, à partir du jour suivant l'expiration des délais susvisés jusqu'à la date de versement.

Étant précisé que l'article 83 prévoit que :

### ARTICLE 83 - RÉSILIATION POUR MOTIF D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

Cité par 11.1, Article 84,

Le Délégant peut mettre fin au Contrat avant son terme normal pour un motif d'intérêt général.

La décision du Délégant est notifiée au Délégataire par lettre recommandée avec accusé de réception et ne prend effet qu'au terme d'un délai minimum de quatre mois à compter de la date de sa notification. La résiliation pour motif d'intérêt général ouvre droit à une indemnisation du préjudice subi. Le montant des indemnités correspond aux éléments suivants, à l'exclusion de tout autre :

- (i) La valeur nette comptable des immobilisations classées en biens de retour nette de la valeur comptable résiduelle des Droits de Raccordement, subventions et CEE perçus au titre du financement de ces immobilisations à la date de prononcé de la résiliation telle qu'elle figure dans les comptes du Délégataire, majorée de la TVA à reverser au Trésor Public. Cette valeur comprend les éventuels frais financiers intercalaires durant la période de construction ;
- (ii) Les éventuels coûts de rupture des instruments de couverture de taux, étant précisé qu'en cas de soulte positive, celle-ci bénéficiera intégralement au Délégant ;
- (iii) La somme actualisée, au taux de l'OAT ... ans au jour de la résiliation de la convention majorée de ...% (... points de base), des bénéfices prévisionnels et des intérêts prévisionnels dus au titre des Instruments de Fonds Propres sur la durée résiduelle de la convention et tels qu'ils ressortent du Compte d'Exploitation Prévisionnel figurant en Annexe 9 et du compte d'exploitation prévisionnel du Subdélégataire Autorisé,. Dans l'hypothèse où, sur la période écoulée du Contrat, les bénéfices observés seraient moins importants que ceux prévus dans le Compte d'Exploitation



Prévisionnel, les bénéfices prévisionnels futurs servant de base au calcul sont dégradés dans les mêmes proportions ;

- (iv) Les indemnités liées aux coûts exposés du fait de la résiliation des contrats conclus par le Délégué-taire et/ou le Subdélégué-taire Autorisé pour l'exploitation du Service hors contrats de financement, après justification préalable par le Délégué-taire dans la limite des montants suivants :
  - Pour le contrat de promotion immobilière, x%<sup>1</sup> du prix du contrat de promotion immobilière non facturé et actualisé à la date de prise d'effet de la résiliation de manière identique au (iii) ;
  - Pour les contrats d'énergie, les coûts réels dus au titre desdits contrats dans l'hypothèse où le Délégué-taire ne ferait pas usage de sa faculté de subrogation telle que prévue à l'Article 14.1 ;
- (v) Le coût de portage financier des éléments (i) à (iv) entre la date d'effet de la résiliation et la date de paiement contractuelle des indemnités.

Les indemnités sont fixées à l'amiable, selon les modalités définies ci-avant et de manière qu'aucun chef de préjudice ne fasse l'objet d'une double indemnisation.

À défaut d'accord entre les parties, il est fait application des dispositions de l'Article 91.

Ces indemnités sont réglées au Délégué-taire dans un délai de 12 mois à partir de la date de prise d'effet de la résiliation. En cas de retard dans la date de paiement, le montant de l'indemnité sera majoré des intérêts moratoires calculés au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, en vigueur au premier jour du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de huit points de pourcentage, à partir du jour suivant l'expiration des délais susvisés, jusqu'à la date de versement.

Le Délégué-taire peut retenir, s'il y a lieu, sur l'indemnité de résiliation, une somme correspondant au coût des travaux prévus au programme d'entretien et de renouvellement mentionné à l'Article Article 87 et non réalisés par le Délégué-taire, majorée de dix pour cent de son montant ainsi que le solde positif du compte de GER lui revenant.

Et que l'article 75 stipule :

## **ARTICLE 75 - FORCE MAJEURE**

Cité par 23.2, Article 72, 73.5

Les Parties n'encourent aucune responsabilité pour ne pas avoir exécuté ou avoir exécuté avec retard une de leurs obligations au titre du Contrat suite à la survenue d'un événement de force majeure, entendu comme tout événement qui leur est extérieur, qui est imprévisible et irrésistible et qui les empêche d'exécuter en tout ou partie leurs obligations au titre du Contrat.

Si le Délégué-taire a, par action ou par omission, aggravé les conséquences d'un événement présentant les caractéristiques de la force majeure, il n'est fondé à invoquer la force majeure que dans la mesure des effets que l'évènement aurait provoqués si cette action ou omission n'avait pas eu lieu.

Lorsque l'une des Parties invoque la survenue d'un événement de force majeure, elle le notifie à l'autre Partie par lettre recommandée avec accusé de réception, dans les plus brefs délais, et au maximum

---

<sup>1</sup> Données confidentielles.

dans les quinze jours suivant la survenue de l'évènement. La notification précise les faits invoqués au soutien de sa demande et notamment la nature de l'évènement, les conséquences de cet évènement sur l'exécution du Contrat ainsi que les mesures prises pour en atténuer les effets. Dans une telle hypothèse, les Parties conviennent de se rencontrer au plus vite pour envisager toute mesure à prendre en vue d'assurer la continuité du Service et d'éviter, autant que faire se peut, la rupture de leurs liens contractuels.

Si, toutefois, l'évènement de force majeure durait plus de cent-vingt jours, le Délégrant peut prononcer la résiliation du Contrat dans les conditions prévues à l'Article 84.

En cas de survenue d'un cas de force majeure pendant la période de réalisation des Travaux Neufs, les conséquences financières et en termes de délais sont régies par les stipulations de l'Article 23.2.

## **ANNEXE II**

# **COMITÉ DE RÉDACTION**

Sous la présidence d'**Hélène HOEPFFNER**,  
*Professeur de droit public* – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Lorraine ALIX** : *Directrice de projets* – FIN INFRA

**Steeve BATOT** : *Avocat associé* - Racine

**Lila BENCHIKH\*** : *Responsable Pôle Juridique Achat Contrats* - RTE

**Philippe GONZAGUE\*\*** : *Juriste droit public* – Suez France

**Raphaël GRUAU** : *Responsable Pôle Commande publique/ privée* - Veolia France

**Hélène HOEPFFNER** : *Professeur de droit public* – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Laure LAGASSE** : *Chef de projets* - IGD

**Jérôme LEVY** : *Directeur juridique* – SAUR France

**Taslim NASEEVEN\*** : *Juriste Droit public* – Vinci Autoroutes

**Pierre de PREMONVILLE** : *Responsable juridique* – Vinci Concessions

**Nicolas VITAL\*** : *Directeur de projets* – FIN INFRA

Un merci tout particulier à **Thierry LALOU**, *avocat associé* au Cabinet Willkie Farr & Gallagher pour sa contribution.

\* À date de la publication, ces membres ont quitté leur fonction.

\*\* À date de la publication, SUEZ France n'est plus membre de l'IGD.



**L'IGD est une fondation d'entreprises** reconnue d'intérêt général qui, **depuis plus de 25 ans**, regroupe l'ensemble des parties prenantes à la gestion des services publics.

L'Etat, les associations d'élus, les entreprises publiques, les entreprises privées, des associations de consommateurs et des représentants de syndicats travaillent en son sein **à l'amélioration de la qualité et de la performance des services publics**, en particulier lorsque ceux-ci sont délégués.



37 rue des Mathurins, 75008 Paris - Tél : +33 (0) 1 44 39 27 00  
[contacts@fondation-igd.org](mailto:contacts@fondation-igd.org) / [www.fondation-igd.org](http://www.fondation-igd.org)