

L'exécution des concessions à l'épreuve du Covid-19

L'ordonnance du 25 mars 2020 contient un certain nombre de dispositions aménageant les modalités d'exécution des concessions relevant du Code de la commande publique. En outre, les concédants doivent dès à présent s'interroger sur le devenir de leurs concessions : peuvent-elles être poursuivies avec modification ou leur terme anticipé doit-il être acté et sur quel fondement ?

La crise sanitaire engendrée par la propagation du virus Covid-19 et les mesures adoptées pour l'enrayer ont surpris tous les secteurs d'activités de l'économie française. Les questions juridiques qui se posent et se poseront sont nombreuses, et l'urgence résultant de l'interruption brutale de bon nombre d'activités essentielles à la vie économique impose parfois des réponses rapides qui ont le mérite d'être rassurantes, mais qui restent parcellaires et incertaines quant à leurs effets.

Les divers aménagements d'exécution des concessions relevant du Code de la commande publique (« CCP ») prévus par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020⁽¹⁾ (« l'ordonnance ») répondent partiellement à la situation d'urgence, mais ces dispositifs d'exception devront s'articuler avec le régime classique de modification et de résiliation des contrats administratifs.

Les dispositifs d'exception prévus par l'ordonnance n° 2020-319

L'ordonnance est au service des deux parties puisqu'il s'agit non seulement d'assurer la continuité de la réponse aux besoins du concédant, parmi lesquels la poursuite des services publics rendus aux usagers, mais également de « soutenir et protéger les entreprises face

Auteur

Rachel Cattier

Avocate of counsel

Laurent GivordAvocat associé, maître de conférences associé
Adden avocats

Mots clés

Champ d'application • Modification • Prolongation des contrats
• Résiliation • Suspension de l'exécution

(1) Ordonnance 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, dans sa version modifiée par l'ordonnance n° 2020-460 du 15 avril 2020, prise sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

aux difficultés d'exécution »^[2]. Face à la crise sanitaire, la commande publique est donc au nombre des moyens mis en œuvre par l'État pour déployer sa politique de soutien direct et indirect à l'économie, transcendant ainsi sa seule et stricte vocation « d'achat ».

Reste que cette ordonnance ne traite pas l'ensemble des situations auxquelles risquent d'être confrontées les parties puisque son champ d'application et les mécanismes prévus sont circonscrits.

Le champ d'application de l'ordonnance n° 2020-319

● Le champ d'application matériel et temporel

D'un point de vue matériel, l'ordonnance est applicable notamment^[3] « aux contrats soumis au code de la commande publique »^[4], au nombre desquels figurent les concessions telles que définies à l'article L. 1121-1 du CCP^[5]. Lorsqu'elles sont conclues par des collectivités locales en vue de confier à un concessionnaire le soin de gérer un service public, elles sont des délégations de service public (« DSP »)^[6].

Malgré la mention de leur soumission au Code de la commande publique, et sauf à porter atteinte aux objectifs de loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, sont également (et évidemment ?) concernées les concessions en cours qui ont été conclues en application des textes antérieurs au Code de la commande publique (entré en vigueur le 1^{er} avril 2019), soit l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, ou encore l'article L. 1411-1 du CGCT dans ses versions antérieures.

D'un point de vue temporel, l'ordonnance s'applique aux contrats « en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire [...] augmentée d'une durée de deux mois ». La fin

de l'état d'urgence étant fixé au 24 mai 2020 à 0 heures^[7], sont ainsi concernées les concessions en cours ou conclues entre le 12 mars et le 23 juillet 2020 à minuit.

● Une condition générale d'application : la mesure des effets de la crise

Les mécanismes dérogatoires prévus par l'ordonnance n° 2020-319 ne sont pas « automatiquement » applicables^[8]. En effet, ils ne peuvent être mobilisés « que dans la mesure » où ils « sont nécessaires pour faire face aux conséquences » soit « de la propagation de l'épidémie de covid-19 », soit « des mesures prises pour limiter cette propagation »^[9], ce qui suppose une analyse au cas par cas.

On notera que l'ordonnance s'applique à tous les contrats conclus ou en cours entre le 12 mars et le 23 juillet à minuit, sans prévoir que les décisions ou accords des parties résultant de ces dispositifs d'exception doivent intervenir dans cette période précise. Il eut été préférable de l'indiquer précisément, même si cela peut se déduire du texte. Quoiqu'il en soit l'exigence de n'utiliser ces dispositifs dérogatoires que dans la mesure du traitement des conséquences de cette crise permet de limiter leur utilisation sans cadre temporel.

Si la formulation choisie permet aux parties d'invoquer tout type de difficultés liée directement ou indirectement à l'épidémie de Covid-19, celles-ci devront anticiper cette condition générale en documentant précisément les répercussions de ces difficultés sur l'exécution de leur contrat et la nécessité des mesures adoptées pour y répondre.

Les mécanismes prévus par l'ordonnance

● La prolongation des concessions en cours

Les parties peuvent prolonger les contrats arrivés à terme entre le 12 mars et le 23 juillet minuit, « lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre »^[10].

Selon la DAJ, ce dispositif peut être utilisé « y compris lorsqu'une procédure de remise en concurrence a déjà été initiée mais qu'elle ne peut être menée à son terme avant l'échéance du contrat en cours en raison de l'épidémie. », ce qui sera assurément le cas en matière de concession, dont la procédure implique en général

[2] DAJ, Fiche technique sur l'ordonnance n° 2020-319.

[3] L'ordonnance fait également référence aux « contrats publics », notion d'une juridicité « douteuse » et qui ne manquera pas de créer quelques questions pour certains contrats (voir en ce sens. F. Linditch, « La commande publique en temps de crise sanitaire après l'ordonnance du 25 mars 2020 », *JCP A*, n° 14, 6 avril 2020, 2089 - G. Clamour, « Coronavirus : adaptation de la commande publique à la crise sanitaire », Lexis actualités, 8 avril 2020).

[4] Y compris ceux de droit privé.

[5] Ce qui distingue le contrat de concession du marché public, qui tendent tous deux à procurer à la personne publique la satisfaction de l'un de ses besoins, est la nature de la contrepartie auquel le titulaire du contrat peut prétendre, cette contrepartie étant un prix ou un équivalent dans le cadre d'un marché, et un droit d'exploiter l'ouvrage ou le service combiné à un transfert d'une part au moins significative du risque d'exploitation pour la concession.

[6] CCP, art. L. 1121-3 et CGCT, art. L. 1411-1. Outre les DSP, sont également concernées les concessions de travaux ainsi que les concessions d'aménagement définies à l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme, le présent article visant celles qui, « [transférant] un risque économique » (articles R. 300-4 à R. 300-9 du même code), relèvent du droit des concessions.

[7] Circulaire de présentation des dispositions du titre I de l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions en matière de délais pour faire face à l'épidémie de covid-19 qui prend le parti de fixer la fin de l'état d'urgence le 24 mai 2020 à 0 heures - CE 10 avril 2020, Syndicat des avocats de France et autres, req. n° 439903, considérant n° 9.

[8] F. Linditch, « La commande publique en temps de crise sanitaire après l'ordonnance du 25 mars 2020 », *JCP A*, n° 14, 6 avril 2020, 2089.

[9] Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 1^{er} al. 2.

[10] Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 4.

d'être lancée six à douze mois au moins avant l'expiration de la concession en cours.

La durée cette prolongation ne peut excéder celle de la période comprise entre le 12 mars et le 23 juillet à minuit, « augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de son expiration ».

Ce mécanisme de prolongation⁽¹¹⁾ prévoit explicitement la signature d'un avenant dont la conclusion a été d'ailleurs, de manière générale, facilitée par l'intervention de l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 qui, modifiant de l'ordonnance 2020-319, dispense d'avis préalable de la commission de DSP les projets d'avenant entraînant une augmentation du montant global de la concession supérieure à 5 %. Dans le même ordre d'idée, les concessions dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets sont dispensées de l'avis de « l'autorité compétente de l'Etat », si la prolongation a pour effet de porter la durée de la concession au-delà de 20 ans⁽¹²⁾.

La signature d'un avenant, en toute logique, implique l'accord du concessionnaire et une régularisation avant le terme de la concession⁽¹³⁾. *Quid* en cas de réticence du concessionnaire, qui pourrait préférer interrompre l'exécution du contrat, ou encore en cas de négociations d'éventuelles contreparties qui viendraient à s'éterniser ? Le concédant sera-t-il fondé alors à utiliser son pouvoir de modification unilatérale sous réserve d'indemnisation et/ou les moyens de coercition contractuelle en sa possession (pénalités, ...) pour surmonter l'éventuel refus de son concessionnaire ?

Quoi qu'il en soit, on rappellera que la jurisprudence⁽¹⁴⁾ et les textes⁽¹⁵⁾ permettent déjà au concédant de conclure des concessions provisoires (voire des marchés publics provisoires, en adaptant les clauses⁽¹⁶⁾) sans publicité et mise en concurrence, sous certaines conditions, afin de remédier à une impossible mise en concurrence du renouvellement dans le temps restant à courir du contrat.

● Lorsque l'exécution de la concession peut se poursuivre, des conditions d'exécution favorables au concessionnaire

D'abord, le titulaire peut prétendre à une prolongation des délais d'exécution de ses obligations⁽¹⁷⁾, sous réserve d'en faire la demande avant que ces délais n'expirent, soit lorsqu'il ne peut pas les respecter, soit lorsque

l'exécution de ses obligations en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.

Le délai est alors prolongé « d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1^{er} » de l'ordonnance, (soit, pour rappel du 12 mars 2020 au 23 juillet 2020 à minuit), de sorte que le titulaire peut solliciter une prolongation plus importante⁽¹⁸⁾.

Dans le même ordre d'idée, le titulaire placé dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie de son contrat « ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif ». À cette fin, le titulaire doit « [démontrer] qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive »⁽¹⁹⁾.

Enfin, lorsque l'exécution de la concession se poursuit mais qu'il s'avère que le concédant en a « [modifié] significativement les modalités d'exécution », « le concessionnaire a droit à une indemnité destinée à compenser le surcoût qui résulte de l'exécution, même partielle, du service ou des travaux »⁽²⁰⁾. Ce mécanisme permet à tout le moins de garantir alors au concessionnaire une indemnisation dans cette hypothèse, même si le contrat l'exclut ou limite l'indemnisation qui lui est due. Si cette indemnité est conçue comme un droit pour le concessionnaire, elle reste subordonnée au fait que la poursuite de l'exécution a dû « [imposer] la mise en œuvre de moyens supplémentaires qui n'étaient pas prévus au contrat initial et qui représenteraient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire ». Par ailleurs, *quid* si ces modifications n'ont pas été expressément imposées par le concédant, mais que le concessionnaire a spontanément adopté des mesures d'organisation permettant d'assurer le respect des gestes sanitaires ?⁽²¹⁾

● Lorsque l'exécution de la concession est suspendue, des mesures de sauvegarde de la situation du concessionnaire

L'ordonnance prévoit que lorsque l'exécution de la concession est suspendue par le concédant ou du fait

(11) Déjà connu de la jurisprudence : CE 8 juin 2005, Tomaselli, req. n° 255987.

(12) CCP, art. L. 3114-8.

(13) F. Linditch, « La commande publique en temps de crise sanitaire après l'ordonnance du 25 mars 2020 », *JCP A*, n° 14, 6 avril 2020, 2089.

(14) CE 14 février 2017, GPMB, req. n° 405157 : *Rec CE* ; CE 5 février 2018, Ville de Paris, req. n° 416581 : *Rec CE* tables.

(15) CCP, art. R. 3121-6 3.

(16) CCP, art. R. 2122-1.

(17) Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 6-1.

(18) Reste à savoir si une telle demande de prolongation sera acceptée par l'autorité concédante.

(19) Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 6-2.

(20) Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 6-6.

(21) Le concessionnaire devra se montrer prudent et notamment ne pas se heurter à une opposition formelle du concédant au risque de ne pas prétendre à une indemnité (cf. pour un exemple récent d'opposition expresse à la réalisation de prestations supplémentaires indispensables à l'exécution du marché dans les règles de l'art : CE 27 mars 2020, Société Géomat, req. n° 426955 : mentionné *Rec CE* tables.

d'une mesure de police administrative^[22], le concessionnaire n'est plus tenu de verser les sommes dues au concédant (ce qui vise pour l'essentiel les redevances d'occupation domaniale).

Mieux encore, « 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 ». Sont visées ici les participations financières versées par le concédant pour compenser les sujétions de service public, mais également les paiements de certaines prestations le cas échéant. De belles discussions en perspective, que le concessionnaire devra préparer en documentant sérieusement les éléments justificatifs de ses besoins, d'autant que la formulation du texte ne tend pas à en faire une obligation pour le concédant.

Ensuite, l'ordonnance prévoit que l'acheteur peut conclure « un marché de substitution » avec un tiers lorsque « le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive »^[23].

Sont « sécurisés » le concédant qui pourra « [satisfaire] ceux de ses besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard, nonobstant toute clause d'exclusivité », mais également le concessionnaire qui n'aura pas à supporter la responsabilité et les frais inhérents au marché de substitution. Il s'agit de répondre à une situation provisoire n'impliquant pas la résiliation de la concession, dont l'exécution pourra par la suite se poursuivre, éventuellement avec certains aménagements (cf. II).

Les mécanismes prévus par l'article 6 de l'ordonnance « s'appliquent, nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat ». Par ailleurs, comme le souligne la DAJ, « en dehors des hypothèses mentionnées par 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 »^[24]. C'est cet encadrement habituel que les parties retrouveront en tout état de cause, en complément de ces dispositifs ou pour aller au-delà des seules conséquences directes de l'épidémie : suffira-t-il à traiter de la variété des situations d'exécution des concessions ?

En complément et au-delà de l'ordonnance Covid : retour aux fondamentaux des principes régissant l'exécution des concessions

Les effets de la crise du Covid-19 ne seront pas tous réglés par ces dispositifs dérogatoires. D'abord, les activités qui pourront reprendre devront respecter des mesures particulières pour assurer la sécurité sanitaire du personnel du concessionnaire, placé sous sa responsabilité, comme du public, ce qui nécessitera de modifier le contrat. Ensuite, plus rarement nous l'espérons, certaines activités pourraient demeurer interdites et questionner le maintien même du contrat de concession. Les concédants doivent se prêter dès aujourd'hui et dans les mois qui viennent au difficile exercice de préparer le devenir de leurs concessions : peuvent-elles être poursuivies avec modification ou leur terme anticipé doit-il être acté et sur quel fondement ?

La modification des concessions

Intellectuellement, certains concédants pourraient être tentés de ne pas modifier leurs contrats de concession, pour renvoyer les concessionnaires à leur responsabilité générale d'exécuter le service public dans le respect des dispositions législatives et réglementaires applicables.

Outre qu'il témoignerait d'une solidarité comme d'une responsabilité discutable des autorités concédantes, ce raisonnement devrait en tout état de cause être insuffisant pour s'appliquer à la variété des situations susceptibles de naître de la crise : non seulement chaque service public rencontre ses propres problématiques concrètes pour faire respecter les gestes sanitaires, qui peuvent considérablement impacter les conditions initialement envisagées, mais en outre, la crise pourrait conduire les parties à devoir aller plus loin que la simple application des règles nouvelles d'hygiène et de sécurité, pour « réinventer » le service public offert aux usagers, par exemple en intégrant davantage de dématérialisation lorsque c'est possible.

● Modification unilatérale ou contractuelle ?

Pour modifier un contrat de concession, le concédant se posera d'abord la question de la méthode : la modification du contrat doit-elle être décidée unilatéralement ou par avenant ?

Le CCP a été l'occasion de graver dans le marbre le principe séculaire applicable aux contrats administratifs au terme duquel le concédant peut modifier unilatéralement le contrat, sans l'accord de son concessionnaire^[25].

[22] Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 6-5 de l'ordonnance, modifié par l'ordonnance n° 2020-460 du 15 avril 2020 pour intégrer dans cette catégorie les nombreuses concessions dont l'exécution a été suspendue en raison des mesures gouvernementales de police adoptées pour faire face à l'épidémie, et non pas au terme d'une décision du concédant.

[23] Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 6-2°-b).

[24] DAJ, Fiche technique sur l'ordonnance n° 2020-319.

[25] CCP, art. L. 6 – voir pour la jurisprudence originelle : CE 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, req. n° 16178 *Rec CE* : .

Ce dernier est tenu de mettre en œuvre la modification ainsi imposée, mais bénéficie en contrepartie d'un droit à indemnisation de l'éventuel préjudice qu'il subit^[26], étant précisé que les termes du contrat peuvent exclure ou limiter cette indemnisation^[27].

Pour autant, la méthode unilatérale doit être réservée aux hypothèses de blocage injustifié de la part du concessionnaire, qui ne devraient heureusement pas être majoritaires. La contractualisation de la modification du contrat permet en effet d'y associer volontairement le concessionnaire, qui reste le meilleur connaisseur des conditions dans lesquelles la modification du contrat peut être conçue et ses incidences concrètes sur les conditions d'exploitation initiales.

La modification décidée d'un commun accord entre les parties devrait être privilégiée chaque fois qu'elle est possible.

● Unilatérale ou contractuelle, la modification devra respecter les limites imposées par le Code de la commande publique

Qu'elle soit unilatérale ou contractuelle, la modification du contrat devra respecter les conditions de la mise en concurrence initiale pour pouvoir être mise en œuvre. La jurisprudence avait déjà permis d'identifier cette contrainte^[28], qui résulte désormais du CCP lui-même^[29].

Le concédant devra donc inscrire sa modification dans les hypothèses listées par les articles L. 3135-1 et R. 3135-1 à R. 3135-9 du CCP, dont on rappellera qu'ils s'appliquent à tous les contrats de concession, même ceux conclus ou dont la procédure a été initiée avant le 1^{er} avril 2016^[30].

Ainsi, la modification envisagée ne pourra jamais changer la « nature globale du contrat de concession », ce qui peut renvoyer à sa qualification de concession plutôt que de marché public, mais également à son objet principal, soit le service sur lequel il porte, ainsi qu'à « l'ampleur » de la modification^[31].

[26] CE 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des Transports publics de Cannes / Le Cannet / Mandelieu-la-Napoule, req. n° 318617 : tables - Voir pour un exemple récent : CE 25 juin 2018, Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), req. n° 418493, *Rec CE* tables.

[27] L'article L. 6 du CCP réserve en effet les termes du contrat, comme le faisait la jurisprudence (CE 19 décembre 2012, Société AB Trans, req. n° 350341). Seule exception : si le concessionnaire est une personne publique, s'applique alors l'interdiction de consentir des libéralités (CE 25 octobre 2017, Commune du Croisic, req. n° 402921 : *Rec CE* tables).

[28] Voir de B. Dacosta, concl. sous CE 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu-la-Napoule, req. n° 318617 : *Rec CE* tables.

[29] CCP, art. L. 3135-1.

[30] Article 78 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

[31] CE 15 novembre 2017, Commune d'Aix-en-Provence, req. n° 409728.

Si cette nature globale n'est pas altérée, la modification envisagée devra correspondre à l'une des hypothèses prévues par le code.

L'hypothèse de la modification imposée par « des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir » devrait largement pouvoir s'appliquer aux situations nées de l'épidémie de Covid-19, sous réserve que la modification engagée sur ce fondement n'excède pas 50 % du montant initial du contrat.

Si les parties décident de modifier la concession au-delà des seules conséquences immédiates de l'épidémie, d'autres hypothèses existent. C'est le cas par exemple de l'ajout de services supplémentaires imprévus devenus nécessaires, à condition de démontrer qu'un changement de concessionnaire n'est pas possible et dans la limite de 50 % du montant initial du contrat de concession, ou encore des modifications de faible montant, n'excédant pas 10 % du contrat de concession initial.

Les praticiens s'interrogeront probablement au sujet des clauses de rencontre entre les parties que le contrat de concession peut comprendre : constituent-elles des clauses de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque, permettant d'engager la modification sans condition de montant ? Si la clause de rencontre se contente de préciser les hypothèses dans lesquelles un dialogue doit s'ouvrir entre les parties, sans préciser la nature des modifications qui pourraient être décidées, le juge pourrait estimer qu'elle n'est pas une clause de réexamen claire, précise et surtout sans équivoque.

Les hypothèses de modification régulière d'un contrat de concession sont indiscutablement nombreuses et devraient permettre d'adapter la plupart des concessions.

La résiliation des concessions

Si le maintien du contrat de concession ne peut être assuré qu'au prix d'une modification irrégulière, il devrait alors être procédé à sa résiliation, même si l'article L. 3136-6 du CCP n'ouvre dans ce cas au concédant qu'une possibilité de résilier le contrat, sans l'imposer.

Mais quelle résiliation ?

Le CCP ne qualifie pas la nature d'une résiliation consécutive à une modification impossible du contrat de concession. S'agira-t-il d'une résiliation pour motif d'intérêt général ou une résiliation pour force majeure ? La différence est de taille, puisque les modalités d'indemnisation de ces deux hypothèses de fin anticipée du contrat ne sont pas les mêmes.

En effet, la force majeure, rapidement brandie par le gouvernement en qualité de cause exonératoire de responsabilité^[32], est aussi une notion susceptible de justifier la résiliation du contrat, soit par le concédant^[33],

[32] Voir par exemple CE 29 octobre 2009, Société Air France, req. n° 310604.

[33] CCP, art. L. 3136-2.

soit à l'initiative du titulaire qui la demande au juge^[34], pour se délier de l'obligation d'exécuter un contrat dont l'équilibre économique est définitivement bouleversé^[35]. Outre la sortie du contrat, le titulaire peut solliciter une indemnisation qui sera déterminée en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire^[36]. Cette indemnité est calculée dans les mêmes conditions que celle de l'imprévision^[37], à la seule différence qu'elle devra couvrir cette fois-ci l'intégralité des surcoûts supportés en conséquence de la situation imprévisible, tandis que l'imprévision en

conserve une partie minimale à la charge du concessionnaire^[38].

Mais surtout, cette indemnité ne peut réparer que les pertes directement causées ou les charges directement supportées pour faire face au cas de force majeure, à l'exclusion du manque à gagner que le titulaire aurait obtenu en poursuivant l'exécution du contrat dans des conditions normales jusqu'à son terme^[39]. À l'inverse, la résiliation pour un motif d'intérêt général ouvre en principe droit à indemnisation de ce manque à gagner, sous réserve de clauses contractuelles contraires.

Le fondement de la décision de résilier le contrat de concession aura ainsi des incidences fondamentales sur l'étendue du droit à réparation auquel le concessionnaire pourra prétendre, dans des temps économiques qui s'annoncent difficiles.

[34] Pour les concessions qui ne portent pas sur l'exécution d'un service public, une clause de résiliation unilatérale peut être stipulée au profit du concessionnaire, mais à laquelle in fine le concédant pourra s'opposer (CE 8 octobre 2014, Grenke location, req. n° 370644 : *Rec CE*).

[35] CE 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, req. n° 89655 : *Rec CE*.

[36] CE 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden, req. n° 184722

[37] Théorie désormais codifiée à l'article L. 6 du CCP, pouvant être mobilisée lorsqu'une situation extérieure aux parties et imprévisible bouleverse temporairement seulement l'économie du contrat, à condition que le concessionnaire ait poursuivi l'exécution du contrat.

[38] Laurent Richer *in Droit des contrats administratifs*, 11^e édition, p. 270 point 562 : « l'indemnité est calculée selon les règles de l'imprévision [...] si ce n'est qu'elle couvre l'ensemble des charges extracontractuelles. »

[39] CE 11 décembre 1991, Société niçoise pour l'extension de l'aéroport, req. n° 81588 : *Rec CE*. La DAJ rappelle ainsi dans sa fiche consacrée à la résiliation unilatérale que « le titulaire du contrat ne pourra se voir indemnisé que des pertes subies imputables à l'évènement constitutif de la force majeure, à l'exclusion de toute autre indemnité ».