

## **Conseils méthodologiques sur l'appréciation des demandes de modification de concessions dans le contexte d'augmentation des prix**

Attendu par les praticiens et les acteurs économiques dans un contexte d'augmentation des prix, l'avis du Conseil d'Etat du 15 septembre 2022 apporte un éclairage nouveau sur les possibilités offertes par le droit de la commande publique de modifier les conditions financières et la durée des contrats pour faire face à des circonstances imprévisibles et sur leur articulation avec la théorie de l'imprévision.

Le Conseil d'Etat admet tout d'abord la possibilité de modifier les contrats au regard uniquement de leur prix, leurs tarifs et des modalités de détermination ou d'évolution de ceux-ci et/ou de leur durée. Jusqu'à présent, de telles modifications n'étaient pas considérées comme possibles. Le Conseil d'État rappelle ainsi que de telles modifications peuvent avoir pour objet de compenser les effets d'une modification de l'équilibre économique du contrat, en raison de la hausse des prix, par exemple. Cependant, elles doivent s'inscrire dans les cas de modification des contrats prévus par le code de la commande publique et les conditions de leur mise en œuvre.

Ainsi, une telle modification ne pourra être envisagée que (i) si elle est justifiée par des circonstances imprévisibles dont les conséquences excèdent ce qui avait été anticipé par les parties et ne dépasse pas 50%<sup>1</sup> du montant initial du contrat<sup>2</sup> ou (ii) si son montant est inférieur à 10%<sup>3</sup> du montant initial du contrat<sup>4</sup>. Ce type de modification ne semble, en revanche, pas possible sur le fondement des modifications non substantielles, dès lors qu'elle porte sur un élément essentiel du contrat<sup>5</sup>.

Subsidiairement à ces hypothèses, si la compensation de l'altération de l'équilibre économique du contrat n'a pas pu être accordée par une telle modification, le titulaire dispose d'un droit à une indemnité d'imprévision pour compenser les charges extracontractuelles résultant de circonstances imprévisibles et extérieures aux parties qui ont bouleversé l'équilibre économique du contrat. Le versement d'une telle indemnité peut être prévu par une convention d'indemnisation conclue entre le titulaire du contrat et la personne publique ou, à défaut, faire l'objet d'une demande devant le juge administratif. Le régime de l'imprévision étant autonome, l'indemnisation n'est pas limitée dans son montant. Cette indemnité doit se contenter de compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire, à l'exclusion de tout bénéfice ou manque à gagner.

---

<sup>1</sup> Ce montant est apprécié pour chaque modification compensant l'effet de circonstances imprévisibles prise individuellement.

<sup>2</sup> Articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du Code de la commande publique.

<sup>3</sup> Ce montant est à apprécier en tenant compte de l'ensemble des modifications du contrat depuis sa signature.

<sup>4</sup> Articles R. 2194-8 et R. 3135-8 du Code de la commande publique.

<sup>5</sup> Articles R. 2194-7 et R. 3135-7 du Code de la commande publique.

La mise en œuvre opérationnelle de cet avis pose un certain nombre de questions pour les contrats de longue durée, tels que les concessions, qui appellent les remarques suivantes.

- La durée à prendre en compte pour apprécier le bouleversement de l'équilibre économique du contrat

Une première question est celle de la durée à prendre en compte pour apprécier le bouleversement de l'équilibre économique du contrat, s'agissant des contrats de longue durée.

Dans ces contrats, les conséquences de circonstances imprévisibles, telles qu'une hausse des prix, peuvent avoir une incidence financière forte, par exemple en créant un déficit d'exploitation sur quelques mois ou quelques années, mais ne pas bouleverser l'équilibre économique du contrat sur sa durée complète.

Pour apprécier l'existence ou non d'un bouleversement au sens de la théorie de l'imprévision, la période à prendre en compte est, comme rappelé par la DAJ dans sa fiche technique publiée le 21 septembre 2022, seulement celle pendant laquelle les circonstances imprévisibles et extérieures ont eu un effet, c'est-à-dire uniquement la période pendant laquelle les charges extracontractuelles subies du fait de ces circonstances ont dépassé le niveau de risque que les parties avaient accepté de prendre lors de la conclusion du contrat. Ce seuil est plus élevé en concession, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat dans son avis.

S'agissant des éventuels déficits ou excédents du concessionnaire avant et/ou après la période « imprévisionnelle », il semble qu'un juge pourrait tenir compte de ces éléments pour déterminer la part des charges extracontractuelles qui est mise à la charge de la personne publique et celle qui est laissée à la charge du titulaire du contrat.

- Le ou les indicateurs du bouleversement de l'équilibre économique du contrat

La question de l'indicateur du bouleversement de l'équilibre économique du contrat présente une complexité particulière s'agissant des contrats de concession. Ces derniers nécessitent, en effet, d'adopter une approche spécifique pour les raisons suivantes :

- la présence de structures de financement très différentes selon les concessionnaires et selon le type de concession (exemple : niveau de *gearing*, niveau de rémunération des comptes-courants actionnaires...);
- la nécessité de tenir compte du projet dans sa globalité : par exemple, dans certaines concessions, le plan d'affaires initial peut prévoir un profil de résultats souvent non linéaire parfois déficitaire sur les premières années et une rentabilité plus forte sur les années suivantes ; et
- un poids souvent important du coût du financement et des amortissements.

Ces éléments nous semblent de nature à justifier une approche des indicateurs du bouleversement de l'équilibre économique qui ne tient pas uniquement compte du résultat net de la période concernée, mais de tenir compte d'un ensemble de critères.

A cet égard, il semble possible de tenir compte des éléments suivants :

- l'excédent brut d'exploitation (EBE) sur la période de référence : outre le résultat net de l'année en cours, le recours à l'EBE (résultat avant frais financiers, dépréciations, amortissements et impôts) permet de neutraliser les effets liés au choix de la structure financière, du mode d'amortissement comptable et des provisions. L'EBE tient uniquement compte des produits et charges d'exploitation. En cas de résultat net négatif, il convient donc d'analyser son évolution pour apprécier le véritable effet de l'augmentation des prix sur la concession ;
- l'EBE cumulé jusqu'à la date de demande d'indemnisation ;
- le taux de rentabilité interne (TRI) du projet à date ainsi que le TRI projet prévisionnel de fin de concession (sur la base du plan d'affaires réactualisé) ;
- le TRI actionnaires à date et le TRI actionnaires prévisionnel de fin de concession (sur la base du plan d'affaires réactualisé) ; et
- la situation de trésorerie actuelle et prévisionnelle (hors prise en compte d'une indemnisation).

Chacun de ces critères peut être apprécié de manière absolue et relative par la personne publique (comparaison du critère observé avec la moyenne des trois dernières années, celui budgété dans le plan d'affaires initial, celui budgété dans le budget figurant le cas échéant dans le dernier rapport d'exploitation du concessionnaire).

Pour démontrer que les causes du déséquilibre financier sont liées à l'augmentation des prix, il sera nécessaire d'analyser de manière détaillée l'évolution des charges d'exploitation des dernières années et de l'année en cours.

Un ensemble de documents et justificatifs pourront à cet égard être demandés au titulaire du contrat, comme évoqué dans la fiche technique de la DAJ.