

Défaillance du concessionnaire et conclusion d'une concession provisoire

En cas de défaillance du concessionnaire, l'acheteur public peut se retrouver sans exploitant du jour au lendemain. Le droit de la commande publique permet certes d'assurer la continuité du service grâce à la conclusion d'une convention provisoire si certaines conditions sont remplies. Or, la défaillance du concessionnaire peut-elle permettre de recourir à cet outil ?

Bien que les exemples contentieux soient pour l'heure assez rares, le sujet semble présenter une acuité toute particulière ces derniers temps, tant les cas rencontrés ne sont pas isolés.

La situation évoquée est la suivante : un acheteur public a conclu un contrat de concession, aux termes duquel il a confié à un concessionnaire le soin de réaliser des travaux et/ou d'exploiter un service, tout en lui transférant le risque attaché à l'exploitation de l'ouvrage réalisé ou du service confié. Mais, soit structurellement, soit après une exploitation qui générerait initialement des profits, il s'avère qu'au fil des mois voire des années, la situation se dégrade : l'exploitation n'est pas ou plus bénéficiaire et subit pertes sur pertes, le concessionnaire n'atteint pas les objectifs fixés par le contrat, il ne réalise pas les investissements, la qualité du service ne peut plus être assurée... Et la défaillance du concessionnaire devient telle qu'il n'est, de manière plus ou moins soudaine, plus possible de poursuivre l'exécution de la concession, plaçant l'acheteur public dans la nécessité d'assurer la continuité du service.

La défaillance du concessionnaire peut avoir des origines diverses. D'abord, la dégradation de la situation peut être le résultat d'une « mauvaise » exploitation du service ou de l'ouvrage par le concessionnaire, de défauts de sa part, caractérisant ainsi un ou plusieurs manquements contractuels d'une gravité telle qu'il n'est plus possible de continuer l'exécution du contrat. La « défaillance » du concessionnaire nécessite alors de procéder plus ou moins rapidement à une résiliation pour faute de la concession, après mise en demeure.

Ensuite, il peut arriver que d'une manière soudaine ou au contraire après l'activation de dispositifs contractuels que le contrat de concession peut comporter pour remédier à des situations dégradées (clauses de réexamen, force majeure, suspension de certaines obligations, demande de renégociation...), le concessionnaire

Auteur

Astrid Boullault
Avocat directeur
Seban et Associés

ne peut plus faire face aux difficultés rencontrées sans pour autant commettre de manquement, et ne parvient pas à redresser l'équilibre économique de la concession, au point que ses dettes dépassent progressivement ses gains. Lorsqu'il n'est plus en mesure de payer ses créanciers (ses fournisseurs, la redevance domaniale due à l'autorité concédante, les charges administratives, les frais de fonctionnement, le remboursement des emprunts...), ou qu'il est un risque qu'il se retrouve dans cet état, l'ouverture d'une procédure collective à son encontre est alors inévitable. Et la situation peut advenir d'autant plus rapidement que le concessionnaire est une société *ad hoc*, une « coquille » créée par des actionnaires pour les seuls besoins de l'exécution de la concession, précisément notamment pour « externaliser » le risque de défaillance à l'égard de ses actionnaires.

Ce deuxième cas de figure n'est d'ailleurs pas alternatif du premier : la défaillance du concessionnaire peut résulter d'une combinaison (i) de manquements du concessionnaire et (ii) d'événements qui lui sont extérieurs mais qui font que l'équilibre économique se dégrade inexorablement, conduisant le concessionnaire à accumuler un passif tel qu'il est placé en procédure collective.

Selon le degré de gravité de la situation (un état de cessation de paiement⁽¹⁾ ou un état de difficultés que le concessionnaire n'est pas en mesure de surmonter⁽²⁾), la procédure collective aura pour objet soit de tenter de permettre la poursuite de l'activité du concessionnaire avec objectif de maintien et apurement du passif⁽³⁾, soit d'y mettre un terme⁽⁴⁾.

Dans toutes ces situations de défaillance, l'acheteur public ne peut rester passif. Outre la déclaration de ses créances à laquelle il doit le cas échéant procéder, il doit s'attacher à organiser la suite, c'est-à-dire la continuité du service ou de l'exploitation de l'ouvrage concédé. Or, il est entendu que l'organisation d'une procédure de concession, à tout le moins si le montant du futur contrat envisagé dépasse le seuil de procédure de droit commun, prend du temps (aisément plusieurs mois), et du temps qui n'est pas nécessairement compatible avec la défaillance d'un concessionnaire. Que la défaillance du concessionnaire conduise à une résiliation pour faute du contrat ou à son placement en liquidation judiciaire, la situation peut conduire l'acheteur public, du jour au lendemain ou presque, à se retrouver sans concessionnaire et à ne pas pouvoir attendre de mener à son terme une procédure de passation d'une nouvelle concession en bonne et due forme.

Dans ces cas de figure, le droit de la commande publique permet d'assurer la continuité du service en offrant un outil à l'acheteur public pour parer à l'urgence : la conclusion d'une convention provisoire. Mais, parce que

ce type de convention peut être conclu directement sans mise en concurrence, il ne peut être sollicité qu'à des conditions précises qu'il faut exposer avant d'esquisser comment la défaillance du concessionnaire peut autoriser d'y recourir.

Le principe de la concession provisoire

Par exception à l'obligation de mise en concurrence des contrats de concession qu'ils doivent nécessairement organiser, il est admis que les acheteurs publics puissent conclure de gré à gré des concessions provisoires dans des cas particuliers d'urgence.

Avant l'entrée en vigueur du Code de la commande publique, cette faculté avait déjà été reconnue par le Conseil d'État, qui a jugé que la conclusion d'une concession provisoire sans publicité ni mise en concurrence était possible si trois conditions étaient réunies : i) il existe une situation d'urgence résultant de l'impossibilité soudaine dans laquelle se trouve la personne publique de continuer à assurer le service, ii) il existe un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service qui justifie la conclusion de cette convention et iii) la durée du contrat de concession provisoire ne doit pas excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence⁽⁵⁾. Par la suite, la Haute juridiction a légèrement modifié sa jurisprudence en supprimant la référence à la soudaineté de la situation, tout en maintenant les autres conditions⁽⁶⁾. Désormais ces décisions sont codifiées dans le Code de la commande publique à l'article R. 3121-6, aux termes duquel les personnes publiques peuvent conclure de gré à gré une convention de concession provisoire si trois conditions cumulatives sont réunies : i) il doit exister une situation d'urgence à assurer la continuité du service, ii) la continuité du service doit être justifiée par un motif d'intérêt général et iii) la durée de la convention provisoire ne doit pas excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de passation en bonne et due forme.

La troisième condition nécessite peu de commentaires : si un acheteur public conclut une concession provisoire, cela ne peut pas être l'occasion de contourner les règles de publicité et de mise en concurrence. En conséquence, la durée de la concession provisoire doit être limitée au temps nécessaire pour conclure un contrat au terme d'une telle procédure.

S'agissant de la deuxième condition tenant à l'existence d'un motif d'intérêt général tiré de la continuité du service, elle exige la conclusion immédiate d'une convention parce que i) l'acheteur public n'a pas la possibilité d'exercer lui-même le service/d'exploiter l'ouvrage ou

(1) Procédure de redressement prévue par l'article L. 631-1 du Code de commerce ou de liquidation prévue par l'article L. 640-1 du Code de commerce.

(2) Procédure de sauvegarde prévue par l'article L. 620-1 du Code de commerce.

(3) Pour la sauvegarde et le redressement.

(4) Pour la liquidation judiciaire.

(5) CE 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique, req. n° 396191.

(6) CE 14 février 2017, Société manutention portuaire d'Aquitaine, req. n° 405157 ; dans le même sens, CE 5 février 2018, Ville de Paris, req. n° 416581.

de se procurer les moyens de le faire et ii) l'interruption du service porte une atteinte grave à l'intérêt général^[7].

Ainsi, par exemple, le juge a déjà pu admettre la conclusion d'une convention provisoire de terminal, parce que (i) il existait un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service, en raison de la nécessité d'assurer le transit portuaire et d'honorer les contrats conclus avec les compagnies maritimes, et parce que (ii) l'autorité concédante ne pouvait pas assurer elle-même l'exploitation du terminal^[8]. À l'inverse, le Conseil d'État a considéré qu'une autorité concédante ne peut pas conclure de gré à gré une concession provisoire relative à l'exploitation des mobiliers urbains, dès lors que la continuité du service public d'information municipal pouvait être assurée par d'autres moyens par cette autorité (par voie électronique ou sous la forme d'affichage ou de magazines...)^[9].

Enfin, la condition tenant à l'urgence, repose sur une forme de système de vases communicants avec la deuxième condition : plus l'interruption du service ou de l'exploitation de l'ouvrage a des incidences sur l'intérêt général et plus la situation d'urgence est caractérisée. Comme le relevait ainsi le rapporteur public Gille Pellissier l'urgence correspond « aux situations exceptionnelles dans lesquelles l'interruption d'un service est de nature à porter une atteinte particulièrement grave à un intérêt général. Cela implique donc que le service auquel le contrat concourt satisfasse un besoin essentiel de la collectivité publique, au sens large, qui ne peut donc souffrir aucune interruption, et que la personne publique n'ait aucun autre moyen de l'assurer que de conclure immédiatement une convention de gré à gré »^[10].

Par ailleurs, la situation d'urgence ne doit pas relever de la personne publique. Il va sans dire en effet que l'autorité concédante ne saurait se prévaloir d'une situation d'urgence à laquelle elle a contribué par action ou par inaction. Cette condition « représente à la fois un signal à l'adresse des acheteurs publics qui ne doivent pas pouvoir compter sur cette possibilité pour réparer les conséquences de leurs négligences dans la gestion de leurs contrats et un moyen de faire obstacle à toute velléité de la personne publique de préparer l'urgence ou même seulement d'en tirer profit »^[11]. En conséquence, les juridictions administratives ont considéré que l'urgence permettant de conclure une concession provisoire n'est pas vérifiée lorsqu'une autorité concédante a tardé à relancer une procédure de mise en concurrence^[12], ou bien lorsqu'elle a irrégulièrement mis un terme à une concession en cours ou qu'elle aurait pu s'abstenir de la résilier^[13]. Au contraire, la conclusion d'une concession

provisoire relative à l'exploitation du service public de collecte et de traitement des eaux usées, consécutive à la résiliation pour motif d'intérêt général de la précédente convention par l'autorité concédante, a été admise dans la mesure où la résiliation visait à « prévenir les conséquences de possibles annulations contentieuses de la concession à raison d'illégalités relevées par déferé préfectoral dont l'autorité concédante avait eu connaissance une fois le contrat entré en vigueur »^[14]. De même, une concession provisoire de mise en fourrière et de gardiennage des véhicules a pu être conclue au motif que l'ancien titulaire s'était vu retirer son agrément^[15].

En résumé, la concession provisoire est donc un outil à disposition des acheteurs publics pour remédier à une nécessité urgente (qu'ils n'ont pas eux-mêmes créée) d'assurer la continuité d'un service ou de l'exploitation d'un ouvrage, le temps de conclure une concession au terme d'une procédure de publicité et de mise en concurrence régulièrement menée. Et il faut donc à présent évoquer dans quelle mesure cet outil peut être sollicité lorsqu'un acheteur public est confronté à la défaillance de son concessionnaire actuel.

La défaillance du concessionnaire permet-elle la conclusion d'une concession provisoire ?

L'enjeu réside ici non pas dans la caractérisation d'un motif d'intérêt général ou dans la satisfaction de la condition tenant à la durée de la concession provisoire, mais essentiellement dans la question de savoir si la défaillance du concessionnaire peut traduire une situation d'urgence permettant à l'autorité concédante de conclure une convention provisoire.

Sur ce sujet, la réponse n'est pas automatique, et il importe de faire plusieurs parts.

En premier lieu, il y a matière à penser que, lorsque le concessionnaire est défaillant parce qu'il est fautif dans l'exécution de sa concession au point qu'il est mis en demeure par l'autorité concédante qui envisage une résiliation pour faute de la concession, une telle situation ne peut sans doute pas sereinement caractériser une situation d'urgence au sens du texte et de la jurisprudence précités. En effet, l'impossibilité d'assurer la continuité de l'exploitation du service ou de l'ouvrage une fois la concession résiliée ne serait alors probablement pas pleinement indépendante de la volonté de l'autorité concédante, puisqu'elle en serait au contraire en partie la conséquence (elle serait la conséquence de la résiliation prononcée, qui n'est pas nécessairement une fatalité). Au demeurant, il pourrait être autrement reproché à l'autorité concédante de s'être elle-même placée dans une telle situation et de ne pas avoir anticipé

[7] Concl. G. Pellissier sous CE 5 février 2018, Ville de Paris, req. n° 416581.

[8] Précité.

[9] CE 5 février 2018, Ville de Paris, req. n° 416581.

[10] Concl. G. Pellissier sous CE 5 février 2018, Ville de Paris, req. n° 416581.

[11] Concl. G. Pellissier sous CE 5 février 2018, Ville de Paris, req. n° 416581.

[12] CE 5 février 2018, Ville de Paris, req. n° 416581.

[13] CE 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique, req. n° 396191.

[14] CAA Douai 12 novembre 2020, Syndicat intercommunal de Valenciennes, req. n° 18DA00506.

[15] TA Cergy-Pontoise ord. 3 mai 2023, Société Paris Fast Depann SAS, req. n° 2305155.

suffisamment en prévoyant un délai de mise en demeure préalable permettant de passer un nouveau contrat. En ce sens, bien souvent, rien n'empêchera dans l'absolu l'autorité concédante de décaler quelque peu la date de résiliation envisagée, afin de lui permettre de passer ou de terminer la passation d'un nouveau contrat de concession. En résumé, rares seront sans doute les cas dans lesquels, à raison d'une défaillance fautive du concessionnaire, l'autorité concédante se verra nécessairement et brutalement contrainte de résilier immédiatement et sans délai pour faute la convention, caractérisant ainsi une urgence permettant la conclusion d'une concession provisoire.

En revanche, il n'est pas absurde de penser que la défaillance du concessionnaire pourrait caractériser la condition d'urgence lorsqu'elle résulte du placement en procédure collective du concessionnaire et que, par ailleurs, la concession est subitement résiliée par le juge-commissaire saisi à cet effet par l'administrateur ou le liquidateur judiciaire. En effet, il faut rappeler qu'en application du principe d'ordre public de continuation des contrats en cours, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société ne met par elle-même pas fin automatiquement aux contrats en cours d'exécution^[16]. Mais elle donne alors en principe à l'administra-

teur ou au liquidateur, le cas échéant après avoir été mis en demeure par le cocontractant de se prononcer sur la poursuite du contrat^[17], le droit de décider de poursuivre ou non les contrats liant le concessionnaire à tout tiers. Et si l'administrateur ou le liquidateur entend ne pas poursuivre le contrat, il doit alors demander au juge-commissaire de procéder à la résiliation du contrat. Partant, dans ces cas de figure, l'acheteur public n'a pas la main sur la fin de la concession actuelle, et ce même si c'est lui qui a mis en demeure l'administrateur ou le liquidateur de se prononcer sur la poursuite du contrat : la décision de résiliation, tant dans son principe que dans ses délais, résulte de l'intervention de deux tiers (l'administrateur ou le liquidateur et le juge-commissaire). L'acheteur public peut donc tout à fait se retrouver dans une situation où un juge-commissaire prononcerait une résiliation de la convention sans lui laisser le temps de procéder à une procédure de publicité et de mise en concurrence. Dans un tel cas de figure, où une résiliation de la concession interviendrait à tout moment et indépendamment de la volonté de l'acheteur, il paraît raisonnable de penser que le droit permettrait la conclusion d'une convention provisoire d'exploitation, le temps de conclure une nouvelle convention à l'issue de mise en concurrence formelle : dès lors que l'acheteur n'aura pas pu anticiper une telle résiliation, il pourrait se retrouver quasiment du jour ou le lendemain sans titulaire pour assurer l'exploitation du service, dont l'activité se retrouverait brutalement interrompue.

[16] Article L. 622-13 du Code de commerce pour la sauvegarde, l'article L. 631-14 du Code de commerce pour le redressement (par renvoi) et l'article L. 641-11-1 du Code de commerce pour la liquidation judiciaire.

[17] Articles L. 622-13 et L. 622-14 du Code de commerce.