

Compte tenu des mesures sanitaires adoptées par le Conseil national de sécurité, la modification d'une concession de services ou de travaux peut-elle être envisagée ?

Art. 62 à 68 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession

Les mesures sanitaires adoptées par le Conseil national de sécurité vont avoir un impact sur les concessions de services et de travaux en cours d'exécution dans la mesure où elles sont de nature à modifier les conditions d'exploitation des ouvrages et services confiés aux concessionnaires.

Concrètement, certains concessionnaires ont été contraints de fermer les établissements qu'ils exploitent, voient leur chiffre d'affaires considérablement diminuer ou ne peuvent exécuter l'objet même de la concession. Sont, notamment, concernées, les concessions portant sur l'exploitation :

- D'un établissement HORECA ;
- D'un casino ;
- D'un camping ;
- D'activités touristiques ;
- De l'accueil extrascolaire et de stages/plaines de vacances ;
- D'un marché hebdomadaire, d'une foire ou de festivals ;
- D'infrastructures culturelles ;
- etc.

L'attribution d'une concession de travaux ou de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché. Il n'appartient, dès lors, pas aux pouvoirs adjudicateurs de supporter toutes les pertes que pourraient subir le concessionnaire.

Néanmoins, les circonstances pandémiques actuelles sont telles qu'un pouvoir adjudicateur pourrait envisager de modifier en cours d'exécution certaines concessions afin de rétablir l'équilibre financier du contrat tel qu'il avait été initialement prévu. Cette possibilité doit être analysée au cas par cas suivant les circonstances du cas d'espèce. En outre, afin, notamment, de ne pas remettre en cause la qualification de l'opération, la modification ne doit pas avoir pour objectif

ou résultat de supprimer le transfert du risque lié à l'exploitation des services ou des travaux.

Concrètement, les modifications suivantes pourraient, notamment, être envisagées :

- Prolonger le contrat actuel d'une durée équivalente à la durée pendant laquelle l'établissement aura été contraint de fermer ;
- Suspendre/diminuer la redevance payée par le concessionnaire au pouvoir adjudicateur pour une durée équivalente à la durée pendant laquelle l'établissement aura été contraint de fermer ou sera impacté par les mesures sanitaires adoptées
- Modifier les éventuels délais prescrits par le cahier des charges/le contrat de concession sous peine de pénalités (notamment en ce qui concerne les concessions de travaux et l'exécution de travaux ou la réalisation d'ouvrages) ;
- Modifier les dates d'organisation de festivités, foires, festivals, etc. exploités par un concessionnaire ;
- etc.

Ces modifications doivent, néanmoins, intervenir dans le respect des grands principes de droit administratif et, le cas échéant, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et de ses arrêtés d'exécution.

A cet égard, il importe de distinguer les concessions soumises au champ d'application de ladite loi et celles qui ne le sont pas. Pour rappel, si toutes les concessions de travaux sont régies par cette législation, seules les concessions de services d'une valeur égale ou supérieure à (actuellement) 5.350.000 euros le sont.

1. Concessions soumises au champ d'application de la législation spécifique

Les concessions soumises au champ d'application de cette législation spécifique ne peuvent être modifiées sans une nouvelle procédure de passation que dans les cas prévus aux articles 62 à 68 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession à savoir :

- L'existence d'une clause de réexamen (article 62) ;
- L'application d'une clause de révision de prix (article 63) ;
- La réalisation de travaux et services complémentaires (article 64) ;
- L'existence d'évènements imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur (article 65) ;
- Le remplacement du concessionnaire (article 66) ;
- La règle « de minimis » (article 67) ;
- Les modifications non substantielles (article 68).

En l'occurrence, la modification évoquée par l'article 65 mérite particulièrement d'être mise en exergue dans la mesure où elle apparaît, de prime abord, être la plus opportune compte tenu des circonstances actuelles.

En effet, la modification d'une concession en cours d'exécution pourrait être envisagée dans le respect du prescrit de l'article 65 de l'arrêté royal susmentionné lequel évoque l'hypothèse **d'évènements imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur**.

Le rapport au Roi dudit arrêté royal précise que cette notion de circonstances imprévisibles « renvoie à des circonstances qu'un adjudicateur, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation de l'attribution initiale, n'aurait pu anticiper compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature ou des caractéristiques du projet, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre dument en cohérence les ressources employées pour préparer l'attribution de la concession avec sa valeur prévisible (considérant 76 de la directive 2014/23/UE). Le caractère imprévisible de la circonstance qui permet de modifier la concession est donc à évaluer " in concreto "». Rien n'empêche donc l'adjudicateur de prendre en compte des évènements imprévisibles au bénéfice de l'adjudicataire...

En l'espèce, les circonstances actuelles liées à la pandémie et ayant amené le Conseil national de sécurité à adopter diverses mesures sanitaires apparaissent constituer un événement imprévisible pour tout adjudicataire diligent.

En pratique, il conviendra de motiver adéquatement et donc concrètement une éventuelle modification, compte tenu de la concession en cause, du fait que la modification est rendue nécessaire par les circonstances actuelles, que la modification envisagée ne modifie pas la nature globale de la concession et que l'augmentation qui en résulte n'est pas supérieure à cinquante pour cent du montant initial de la concession.

Il est à noter qu'un « avis de modification » devra être publié (sauf s'il s'agit de modifier une concession de travaux dont la valeur estimée est inférieure à 5.350.000 euros).

Au surplus et à toutes fins utiles, il peut également être utile de rappeler le prescrit des articles 62, 67 et 68 de l'arrêté royal susmentionné.

- **Clause de réexamen (article 62)** pour autant qu'elle ait été prévue dans le cahier des charges/contrat initial.

La modification d'une concession en cours d'exécution peut être envisagée dans le cadre d'une clause de réexamen et ce, dans le respect du prescrit de l'article 62 de l'arrêté royal susmentionné.

Il est à noter que la clause du cahier des charges/contrat à appliquer doit être claire, précise et sans équivoque et doit indiquer le champ d'application et la nature des modifications possibles ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Par ailleurs, la nature globale de la concession ne doit pas être modifiée par exemple en remplaçant les travaux ou services à exécuter par quelque chose de différent ou en modifiant fondamentalement le type de concession.

En l'espèce, il convient de s'assurer que la clause telle que rédigée dans le cahier des charges/contrat s'applique concrètement à la situation particulière en cause. En d'autres termes, une clause présentant une portée trop générale peut ne pas être applicable.

➤ **Règle « de minimis » (article 67)**

La modification d'une concession en cours d'exécution peut être envisagée dans le respect de l'article 67 de l'arrêté royal susmentionné.

Cette hypothèse - qui vise les modifications de valeur financière mineure pour autant qu'elles ne changent pas la nature globale de la concession - ne peut être envisagée que si le montant de la modification est inférieur à 5.350.000 € et à dix pour cent du montant de la concession initiale. Il est à noter que par « modification », cette disposition vise tant une diminution qu'une augmentation de valeur.

➤ **Modifications non substantielles (article 68)**

La modification d'une concession en cours d'exécution peut également être envisagée dans le respect de l'article 68 de l'arrêté royal susmentionné si la modification peut être considérée comme non substantielle.

En l'occurrence, il conviendra de démontrer que la modification :

- N'introduit pas des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de la concession ;
- Ne modifie pas l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans la concession initiale ;
- N'élargit pas considérablement le champ d'application de la concession.

Le caractère substantiel ou non de la modification envisagée dépend des circonstances spécifiques du cas d'espèce et doit, dès lors, être adéquatement et concrètement motivée.

2. Concessions exclues du champ d'application de la législation spécifique

L'attribution des concessions exclues du champ d'application de la loi précitée du 17 juin 2016 est, notamment, régie par les grands principes de droit administratif, la jurisprudence mais également, le cas échéant, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Aussi, s'il est possible de modifier un contrat de concession de service en cours d'exécution, il importe d'être très prudent. En effet, cette modification doit être adéquatement justifiée pour ne pas être considérée comme un nouveau contrat nécessitant de relancer une procédure d'attribution.

Une modification pourrait, par exemple, être envisagée en application d'une clause de réexamen claire, précise et sans équivoque prévue dans le cahier des charges ou si elle n'est pas substantielle.

Par ailleurs, malgré l'absence de législation spécifique, la loi du 17 juin 2016 susmentionnée et ses arrêtés d'exécution pourrait, le cas échéant, fournir un point de comparaison pertinent pour déterminer l'importance de la modification.

Les hypothèses de modification d'un contrat de concession en cours d'exécution ayant été évoquées, il convient d'attirer particulièrement votre attention sur le fait que les situations rencontrées – qui sont diverses et variées – doivent être analysées au cas par cas tant en ce qui concerne la modification à apporter au contrat qu'en ce qui concerne les motifs justifiants celle-ci.

En effet, il est impossible d'appliquer un canevas général à toutes les concessions dans la mesure où doivent, notamment, être prises en compte : les impacts concrets des mesures sanitaires, les particularités de la concession en cause, la continuité du service (le cas échéant, public), les clauses spécifiques du contrat conclu, etc.

En tout état de cause, les éventuelles modifications devraient être envisagées en concertation avec les concessionnaires concernés. Par ailleurs, les modifications apportées devront être adéquatement motivées au regard des impacts concrets des mesures sanitaires adoptées par le Conseil national de sécurité sur la concession en cause et de la nécessité de rétablir l'équilibre financier du contrat tel qu'il avait été initialement fixé.

En outre, en ce qui concerne les conséquences des mesures sanitaires actuelles sur l'exécution du contrat conclu, à défaut d'éventuelles dispositions légales ou contractuelles spécifiques, il convient également de se référer au droit commun, notamment les articles 1134, 1147 et 1148 du Code civil (force majeure).

A cet égard, pour rappel, les contestations relatives à l'interprétation, l'exécution ou la dissolution des contrats sont relatives à des droits civils lesquels ne peuvent, aux termes de l'article 144 de la Constitution, être tranchées que par les tribunaux ordinaires.

Enfin, si les clauses contractuelles deviennent inexécutables (par exemple, dans le cadre de l'organisation de festivités à une date fixée pendant le confinement, sans possibilité de modification) et que, dès lors, la seule solution est de résilier la concession, il est recommandé d'y procéder par voie amiable conformément aux dispositions du Code civil.