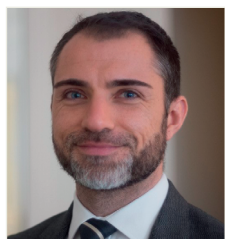


CONTRATS

23

3 QUESTIONS

La crise sanitaire a-t-elle permis d'insuffler un nouvel élan à la théorie de l'imprévision ?



Matthieu Ragot,
associé, De Guillenchmidt & Associés
(DGA)

Victor Lehmann,
avocat, De Guillenchmidt & Associés
(DGA)

1 Dans quel état se trouvait la théorie de l'imprévision avant le début de la crise ?

La théorie de l'imprévision repose sur un principe simple : elle a vocation à protéger le cocontractant de l'administration, qui est tenu d'assurer l'exécution du contrat même si celle-ci devient plus difficile et plus onéreuse pour lui, en ouvrant un droit à indemnisation au titre des « charges extracontractuelles » (CE, 21 oct. 2019, n° 419155 : *JurisData* n° 2019-018542). Elle s'applique en présence d'un « événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat ». Cette théorie ancienne de plus d'un siècle demeure peu usitée en pratique, malgré sa codification à l'article L. 6, 3° du Code de la commande publique.

Ce désintérêt s'explique notamment par l'apparition, en transposition des directives Marchés (PE et Cons. CE, dir. 2014/24/CE, 26 févr. 2014 : *JOUE* n° L 94, 28 mars 2014, p. 65) et Concessions (PE et Cons. UE, dir. 2014/23/UE, 26 févr. 2014 : *JOUE* n° L 94, 28 mars 2014), d'un mécanisme de modification du contrat - et non pas d'indemnisation - en cas de « circonstances imprévues ». Il est aujourd'hui codifié aux articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du Code de la commande publique. Dès la survenance de l'événement imprévu, les parties peuvent modifier le contrat pour y faire face. Ces modifications sont le plus souvent consensuelles,

mais elles peuvent aussi être unilatéralement apportées par les autorités contractantes, sans toutefois que ne puisse être affecté l'équilibre financier du contrat.

2 La crise de la Covid a-t-elle permis de renouveler l'intérêt pour la théorie de l'imprévision ?

La doctrine a été prompte à s'enthousiasmer pour la théorie de l'imprévision dès les premiers jours du confinement en mars 2020. En réalité, ce mécanisme purement indemnitaire n'a pas joué un rôle central dans la stratégie gouvernementale.

Par une ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 (*Ord. n° 2020-319, 25 mars 2020 : JO 26 mars 2020, texte n° 43*. - V. notamment *JCP E 2020, act. 242 ; F. Linditch, La commande publique en temps de crise sanitaire après l'ordonnance du 25 mars 2020 : JCP A 2020, 2089*), le Gouvernement s'est en effet davantage attaché à pacifier les relations entre cocontractants publics et privés. Il a limité les pouvoirs de sanction de l'acheteur public et a élaboré un cadre juridique pour régir les conséquences liées à d'éventuelles difficultés d'exécution du contrat. Les concessions - terrain naturel de l'imprévision - peuvent ainsi, dans ce contexte, être réaménagées. Une approche plus politique de la commande publique a émergé de cette impulsion gouverne-

Suite page 6

En mouvement

Le cabinet Bougartchev Moyne Associés a annoncé la cooptation au 1^{er} janvier 2021 de **Geoffroy Goubin** en qualité de nouvel associé du cabinet. Il participera encore plus activement au développement des activités de contentieux commercial et de droit des sociétés dans lesquelles il s'est fortement investi ces dernières années.

Geoffroy continuera de soutenir le rayonnement international du cabinet dont près de 80 % des dossiers sont transnationaux et pour lesquels un solide réseau de best friends lui a permis, à ce jour, d'intervenir dans 57 pays.

Geoffroy Goubin a débuté sa carrière d'avocat en 2012 auprès du cabinet Debevoise & Plimpton, au sein du département Contentieux et Arbitrage. En juin 2014, il a rejoint chez Linklaters l'équipe animée par Kiril Bougartchev avec Emmanuel Moyne avant de participer à la création du cabinet Bougartchev Moyne Associés le 1^{er} janvier 2017.

Geoffroy assiste des personnes morales et physiques, françaises et étrangères, dans leurs contentieux de droit des sociétés ainsi qu'en droit pénal des affaires. Il intervient devant les juridictions commerciales, civiles et pénales ainsi que dans les procédures précontentieuses et transactionnelles. Il accompagne ses clients sur une grande variété de sujets et de contentieux : pactes d'actionnaires, garanties de passif, corruption, fraude fiscale, blanchiment, abus de biens sociaux, etc.

Hogan Lovells annonce la nomination de **Patrice Navarro**, en tant qu'associé au sein de l'équipe Protection des données et cybersécurité, effective au 1^{er} janvier 2021.

Bénéficiant d'une expérience de 15 ans sur toutes les questions liées à la protection des données, à la cybersécurité et aux contrats notamment informatiques et industriels, Patrice traite d'une grande variété d'accords stratégiques dans le secteur des technologies. Il est spécialisé dans les secteurs des Technologies, de la Santé et de la Finance/Assurance.

Patrice accompagne tout particulièrement nos clients du secteur de la santé dans leurs projets de médecine innovante, de commercialisation de dispositifs médicaux connectés et d'utilisation de l'intelligence artificielle. Il est également spécialiste de l'accompagnement en matière d'incident de sécurité et de mise en place de leurs remèdes.

mentale : le droit est ici moins conçu comme un bouclier de protection des cocontractants contre leurs comportements mutuels, que comme un outil destiné à faciliter et fluidifier les relations entre cocontractants afin de favoriser le maintien et la relance de l'activité économique.

À la théorie de l'imprévision, dont le caractère strictement indemnitaire induit une certaine passivité, le Gouvernement a donc privilégié une stratégie plus dynamique et plus pragmatique, suivant laquelle l'acheteur public est encouragé à aménager les contrats afin de garantir leur stabilité dans l'intérêt d'une reprise économique.

3 L'imprévision a-t-elle un avenir dans ce contexte ?

Les parties à un marché public ou à une concession ne sont pas tenues de suivre la voie fléchée par le Gouvernement, qui repose

sur une collaboration active entre celles-ci. Elles ont le choix entre trois options pour régler les difficultés qu'elles rencontrent : mettre en œuvre le dispositif dérogatoire propre à la crise sanitaire, modifier le contrat en invoquant des « *circonstances imprévues* », ou poursuivre l'exécution du contrat sans le modifier, auquel cas le cocontractant de l'acheteur public pourra solliciter une indemnisation au titre de l'imprévision. En effet, les circonstances exceptionnelles actuelles paraissent de nature à satisfaire les conditions de l'article 6, 3° du Code de la commande publique pour que soit mise en œuvre la théorie de l'imprévision et donc, pour ouvrir un droit à indemnisation. Les exemples pourraient être nombreux, en particulier dans le domaine de la mobilité. La sensibilité politique du sujet des concessions pourrait inciter les cocontractants à l'inaction, et à s'en remettre au mécanisme de l'imprévision.

Mais à ce jour, la jurisprudence n'offre pas de recul suffisant quant à l'existence de telles stratégies et, partant, quant au recours à la théorie de l'imprévision. La survivance de cet outil dépendra donc des stratégies des cocontractants dans le cadre de la crise sanitaire.

En résumé, l'imprévision n'est pas l'outil privilégié par le Gouvernement pour faire face à cette crise. Protégeant malgré tout le cocontractant en l'absence de modification du contrat public, elle constitue pour lui un filet de sécurité. Cette garantie théorique doit faire ses preuves dans cette crise, qui paraît cocher tous les critères de son applicabilité. À défaut, l'imprévision risque de s'enfoncer davantage dans la désuétude, au profit de mécanismes plus modernes, agiles et pragmatiques et qui s'avéreront peut-être mieux adaptés aux incertitudes et défis contemporains.

Focus

Les effets de la crise Covid-19 sur la productivité et la compétitivité

Le deuxième rapport du Conseil national de productivité (CNP) a été publié le 6 janvier 2021. Il se concentre sur les conséquences de la crise économique et sociale générée par la Covid-19 sur la productivité et la compétitivité de la France et compare les évolutions dans les différents pays européens. Il ressort notamment de ce rapport que les mesures apportées au cœur de la crise, comme le PGE ou les délais de paiements consentis par les URSSAF, ont permis aux entreprises de ne pas être en défaut de paiement, mais elles n'empêchent pas la dette de s'accumuler. La seule solution est donc de réduire l'endettement de l'entreprise, puisque c'est la dette qui détruit de la valeur. Cinq options sont proposées à ce titre :

1. permettre la renégociation entre l'entreprise et ses créanciers ;
2. imposer au créancier une diminution de sa créance - un haircut ;
3. encourager, par subvention, le créancier à accepter une réduction de créance ;
4. proposer un refinancement de la dette par l'État, en l'échange d'une participation au capital de celui-ci ;

5. proposer un refinancement par dette financée ou garantie par l'État de la créance des investisseurs privés - en quelque sorte, les prêts participatifs. Toujours selon le rapport, en termes d'efficacité, les solutions 1 à 4 sont bien placées, car elles réduisent l'endettement de l'entreprise. La solution 5 laisse l'endettement de l'entreprise inchangé. Ainsi, alors que les mesures de chômage partiel ou le fonds de solidarité ont permis d'empêcher une explosion de l'endettement, les prêts garantis par l'État ou les prêts participatifs même s'ils permettent d'éviter une trop forte augmentation à court terme des défaillances, ne règlent pas le problème : ils peuvent à terme contribuer au surendettement et à la reprise molle. Les solutions 4 et 5 apparaissent plus coûteuses pour l'État. Le créancier touche la totalité de la valeur faciale de la dette (le montant qui devait être remboursé), un montant bien supérieur à la valeur de la créance (la valeur effective est plus faible à cause de la probabilité de défaut). Celui-ci est donc gagnant dans l'opération au détriment de l'État. Les solutions 1 et 2 sont gratuites. La solution 2 ne coûte rien à l'État mais nécessite

d'imposer une modification des contrats privés - qu'en temps normal seuls les juges peuvent mettre en œuvre. La solution 3 implique la participation des créanciers privés à la réduction des dettes : le créancier absorbe donc une partie de la perte. Inversement, du point de vue du créancier, les solutions 4 et 5 sont les plus rémunératrices, puisqu'il sort indemne de la crise. Les options 1, 2 et 3 sont créatrices de valeur par rapport à la situation actuelle (qui imposerait une destruction de valeur par sous-investissement ou liquidation inefficace), mais cette création de valeur est inférieure aux options 4 et 5 car le créancier accepte de réduire la valeur de sa créance. Face à ces propositions, il convient toutefois d'ajouter quelques facteurs essentiels :

- la renégociation pure et simple, bien que bénéficiant, en théorie, à l'entrepreneur et au créancier, peut ne pas aboutir en pratique. La plupart du temps, les créanciers seniors, ceux qui sont remboursés parmi les premiers, ont un biais de liquidation : leurs créances leur permettent en général de récupérer en priorité le produit de la liquidation. Les créanciers juniors et l'entrepreneur risquent de tout perdre.

C'est pourquoi les solutions 2 ou 3 sont préférables, en général, à la solution 1. De plus, d'autres entraves au recours aux procédures conciliatoires existent. Elles ne sont pas toujours connues par les TPE ; ou alors, elles peuvent être vécues comme stigmatisantes ;

- dans certains cas très risqués, le créancier senior doit prendre une participation au capital. Il peut se montrer réticent pour des raisons réglementaires (banques). Cela pousse vers la solution 3 par rapport à la solution 1 ;
- la restructuration n'est pas toujours la meilleure solution. Subventionner massivement les créanciers (options 4 et 5) conduit à maintenir des entreprises non viables en vie. Cette logique pousse vers la solution 1, qui assure une internalisation maximale des coûts de restructuration par les deux parties. En revanche, les solutions 4 et 5 sont mauvaises de ce point de vue, puisqu'elles conduisent à la survie d'entreprises qui auraient de bonnes raisons de disparaître car la puissance publique ne dispose pas des informations nécessaires pour opérer le bon ciblage (*France Stratégie, 6 janv. 2021*).