

**CONSEIL D'ETAT**  
**ASSEMBLÉE GÉNÉRALE**

**Section des travaux publics**

**Séance du 26 avril 2018**

—  
**N° 394398**

**EXTRAIT DU REGISTRE  
DES DÉLIBÉRATIONS**

**Avis**

**relatif à diverses questions de droit des concessions dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique**

*NOR : TRAA1804388X*

Le Conseil d'Etat, saisi par la ministre chargée des transports d'une demande d'avis portant sur diverses questions relatives au droit des concessions, dans le contexte résultant de l'annonce, le 17 janvier 2018, par le Premier ministre de la décision du Gouvernement de renoncer au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et de procéder à un réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique, et portant plus précisément sur les questions suivantes :

1° Au regard de la réglementation actuelle, notamment des dispositions de l'article 36 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession, l'Etat pourrait-il procéder à une modification par voie d'avenant de la convention de concession qu'il a passée avec la société Aéroports du Grand Ouest (AGO), afin de retirer du périmètre de la concession l'ensemble des missions relatives à la réalisation de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, d'une part, et de confier à cette même société des missions supplémentaires relatives à l'aérodrome de Nantes-Atlantique dont elle assure l'exploitation en vertu de la même convention, d'autre part ?

2° L'Etat, compte tenu de la situation créée par le maintien durable d'occupants sans titre dans l'emprise du projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, pourrait-il fonder une résiliation du contrat de concession sur un motif tiré de la force majeure et, par voie de conséquence, appliquer les modalités d'indemnisation du concessionnaire prévues au I de l'article 81 du cahier des charges annexé à ce contrat, alors même que, à ce jour, la société AGO ne s'est pas prévalu de la force majeure dans les conditions fixées par le cahier des charges ?

3° Si l'Etat résiliait le contrat de concession pour un motif d'intérêt général, serait-il tenu de mettre en œuvre les stipulations du V de l'article 4.D du cahier des charges et d'appliquer les modalités d'indemnisation du concessionnaire prévues au II de l'article 81 de ce même cahier des charges ? Dans cette dernière hypothèse, l'Etat ne risquerait-il pas d'être conduit à enfreindre la prohibition faite aux personnes publiques de consentir des libéralités en accordant à la société AGO une somme manifestement disproportionnée par rapport au préjudice réellement subi par cette dernière, dans la mesure où les modalités de calcul du manque à gagner prévues au II de

l'article 81 prennent comme référence, sur l'ensemble de la durée de la concession, l'ensemble des fonds propres et quasi-fonds propres qu'il était prévu que les actionnaires du concessionnaire engagent et non ceux réellement engagés à la date de la résiliation, qui n'en représentent que 8,8 % ?

Si un tel risque était retenu, quelles conclusions l'Etat serait-il fondé à en tirer en ce qui concerne l'indemnité due à la société AGO ?

Vu l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, notamment ses articles 5, 6, 55 et 78 ;

Vu le décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession, notamment son article 36 ;

Vu le décret n° 2010-1699 du 29 décembre 2010 approuvant la convention passée entre l'Etat et la société concessionnaire Aéroports du Grand Ouest pour la concession des aérodromes de Notre-Dame-des-Landes, Nantes-Atlantique et Saint-Nazaire-Montoir et le cahier des charges annexé à cette convention ainsi que les documents annexés à ce cahier des charges ;

### **Est d'avis**

**qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :**

1. En vue de la construction et de la mise en service de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, l'Etat a conclu une convention de concession approuvée par le décret n° 2010-1699 du 29 décembre 2010 avec la société Aéroports du Grand Ouest (AGO), société dont l'objet social est limité à l'exécution de la concession et détenue à hauteur de 85 % par le groupe Vinci.

2. L'une des particularités de cette convention est d'avoir pour objet non seulement la construction et l'exploitation du nouvel aéroport, mais également l'exploitation des deux aéroports existants de Nantes-Atlantique et de Saint-Nazaire Montoir. Cette exploitation devait, en ce qui concerne l'aéroport de Nantes-Atlantique, cesser à partir de la mise en service du nouvel aéroport de Notre-Dame-des-Landes. Ainsi pendant toute la période de la concession précédant la mise en service de la nouvelle infrastructure, le concessionnaire devait bénéficier des revenus nets retirés de l'exploitation de l'aéroport actuel. Outre le fait qu'il était de nature à diminuer l'effort financier des collectivités publiques et le recours au financement privé externe dans un contexte de crise économique, ce montage était essentiellement destiné à permettre au concessionnaire de différer le bouclage financier des travaux de construction, pendant une période estimée par ce dernier à environ trois ans, correspondant à la durée nécessaire, selon son estimation, pour effectuer les études d'avant-projet, obtenir les autorisations administratives requises et apurer les contentieux, la suppression de ces aléas lui permettant d'espérer souscrire un emprunt auprès des banques dans de meilleures conditions. Un tel report du bouclage financier avait été admis par le Conseil d'Etat (section des travaux publics) dès lors que le plan de financement des travaux à réaliser était arrêté dès le début de la signature de la concession, que le coût des travaux y était déterminé forfaitairement, tout dépassement incombant au concessionnaire, et, enfin, qu'une date butoir était fixée pour la conclusion des négociations avec les banques.

### **Sur la première question :**

3. Afin d'éclairer le Conseil d'Etat, le Gouvernement, sans évoquer toutefois de donnée chiffrée quant au coût du réaménagement de l'aéroport de Nantes-Atlantique non arrêté à ce

stade, décrit le contenu de l'avenant envisagé. Il prévoirait, notamment, que « *la durée d'exploitation serait plus courte que prévu initialement, les subventions versées seraient remboursées par la société AGO et celles prévues ne seraient pas versées, les tarifs seraient maîtrisés, le concessionnaire aurait en charge la réalisation d'un investissement en supportant le risque lié à la délivrance des autorisations administratives, avant même l'intervention de la DUP, le modèle économique de la concession serait mis à jour (...)* ».

4. L'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, qui est applicable, en vertu de l'article 78 de la même ordonnance, à la modification des contrats de concession en cours avant la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance, renvoie la détermination des « *conditions dans lesquelles un contrat de concession peut être modifié en cours d'exécution sans nouvelle procédure de mise en concurrence* » à la voie réglementaire et subordonne la légalité d'une modification apportée à un contrat de concession en cours au respect d'une condition générale tenant à ce que : « *Ces modifications ne peuvent changer la nature globale du contrat (...)* ». Corollairement, le même article précise que : « *Lorsque l'exécution du contrat de concession ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues par la présente ordonnance, le contrat de concession peut être résilié par l'autorité concédante* ». L'article 36 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016, pris pour l'application de ces dispositions, prévoit que : « *Le contrat de concession peut être modifié (...): (...)* 5° *Lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles. / Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du contrat de concession. En tout état de cause, une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie : / a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ; (...)* ».

5. Il ressort des caractéristiques du contrat de concession décrites au point 2 que le fait que la concession porte à la fois sur la construction d'une nouvelle infrastructure et sur l'exploitation de l'aéroport existant constitue un élément essentiel du montage financier retenu. Ces deux objets doivent, dès lors, être regardés comme formant un ensemble unique et indissociable. Dans ces conditions, une modification du contrat de concession initial qui consisterait à retirer du périmètre de la concession l'ensemble des missions relatives à la réalisation de l'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes et à confier à la société AGO des missions nouvelles relatives à l'aérodrome de Nantes-Atlantique dont elle assure l'exploitation en vertu du même contrat ne pourrait qu'être regardée, eu égard à son ampleur, comme changeant la nature globale du contrat initial. Elle introduirait, en outre, des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de sélection initiale, auraient pu attirer d'autres participants ou permis l'admission de candidats autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue. Par suite, une modification de cette nature de la convention entre l'Etat et la société AGO interviendrait en méconnaissance des règles de modification des contrats de concession énoncées à l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et à l'article 36 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016, qui assurent, par leur combinaison, la transposition en droit interne de l'article 43 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, lequel introduit dans le droit dérivé encadrant désormais les concessions les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment à la suite de l'arrêt C-454/06 du 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, et appliqués par la juridiction nationale, (en dernier lieu CE, 9 mars 2018, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, n° 409972).

En particulier, participerait d'une lecture erronée de ce dispositif de transposition toute interprétation consistant à ne pas combiner la condition générale posée par l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, tenant à l'absence de modification de la nature globale du contrat, avec les dispositions des 2° et 3° de l'article 36 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016 qui prévoient, respectivement, la possibilité pour le concédant, sans nouvelle mise en concurrence, d'introduire des travaux ou services supplémentaires, dès lors qu'un changement de concessionnaire est « *impossible pour des raisons économiques ou techniques* » et entraîne pour le concédant « *une augmentation substantielle des coûts* » ou encore la possibilité de modifier le contrat lorsque cette modification est « *rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir* ».

6. Le Conseil d'Etat estime, en conséquence, que la modification par avenant de la concession afin, notamment, de retirer de son périmètre l'ensemble des missions relatives à la réalisation de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes ne pourrait être retenue qu'en méconnaissance des règles de modification des concessions (CE, 15 novembre 2017, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 409728, 409799).

#### **Sur la deuxième question :**

7. En vertu des stipulations du II de l'article 74 du cahier des charges annexé à la convention du 20 décembre 2010 : « *Aucune partie au contrat de concession n'encourt de responsabilité pour n'avoir pas accompli ou pour avoir accompli avec retard une obligation (...), dans la mesure où un tel manquement ou retard résulte directement d'événements présentant les caractéristiques de la force majeure, c'est-à-dire extérieurs aux parties, imprévisibles et irrésistibles* ». En vertu des stipulations du I de l'article 81 du même cahier des charges : « *Au cas où, à la suite de la survenance d'un événement défini au (...) II de l'article 74, le bouleversement de l'équilibre économique de la concession se prolonge ou est de nature à se prolonger nécessairement plus de douze mois, le contrat de concession peut être résilié par arrêté conjoint des ministres chargés de l'aviation civile, de l'économie et du budget* » ou, « *à la demande du concessionnaire* » par le tribunal administratif compétent. En cas de résiliation pour ce motif, l'Etat est tenu de verser au concessionnaire une indemnité correspondant au préjudice subi, dont le montant net d'impôts et toutes charges déduites est égal à l'intégralité de l'encours des financements privés externes, des fonds propres et quasi-fonds propres apportés par les actionnaires, des coûts ou, le cas échéant, des gains de rupture des instruments de couverture, du montant des frais de résiliation des contrats de financement externes ainsi que de résiliation anticipée des contrats passés avec ses prestataires. Dans une telle hypothèse, aucun manque à gagner n'est pris en compte dans le montant de cette indemnisation.

8. La notion de force majeure, telle que l'a appliquée la jurisprudence du Conseil d'Etat aux contrats administratifs, notamment aux concessions, repose sur le constat d'un bouleversement de l'économie du contrat tel, par son ampleur et sa durée, qu'il peut en justifier la résiliation, ainsi que le prévoient d'ailleurs les stipulations du I de l'article 81 du cahier des charges annexés à la convention citées au point 7. Le Conseil d'Etat observe que le bouleversement économique du contrat liant l'Etat à la société AGO n'est pas contestable. Aucune des étapes du calendrier prévisionnel de mise en service du nouvel aéroport figurant à l'annexe 9 au cahier des charges de la concession n'a été respectée : le concessionnaire n'a pas terminé les études d'avant-projet de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, ni *a fortiori* entrepris les travaux de construction de l'infrastructure, ni satisfait à ses obligations financières. Toutefois l'application de ces stipulations supposerait, d'une part, que les circonstances invoquées par la partie qui s'en prévaut aient eu directement pour effet de bouleverser l'économie du contrat et,

d'autre part, qu'elles présentent un triple caractère d'extériorité aux parties, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité.

9. Or, le Conseil d'Etat estime que, même en acceptant par hypothèse de la regarder comme la cause principale du dérapage des étapes essentielles de l'exécution de la convention, l'occupation illégale du site de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes par des opposants à ce projet, mise en avant dans la demande d'avis, ne suffirait pas à caractériser un lien direct et ne remplirait pas cette triple condition.

10. La circonstance qui a fait durablement obstacle à la bonne exécution du contrat tient moins à l'occupation des terrains d'emprise du projet, situation qui se rencontre dans le déroulement d'autres projets, qu'à sa pérennisation en raison de diverses décisions du Gouvernement de mettre un terme à l'opération d'évacuation par les forces de l'ordre commencée au mois de septembre 2012, puis de s'abstenir de recourir par la suite à nouveau à la force publique pour procéder à des expulsions, au profit de démarches de dialogue puis de consultation locale du public. Le rôle ainsi joué par l'Etat, qui en tant qu'autorité concédante est également partie à la convention, ferait obstacle à ce que soient regardées comme remplies les conditions d'extériorité aux parties et d'irrésistibilité, à supposer même que puisse être retenue l'imprévisibilité de cette situation.

11. A la lumière des analyses précédentes, la circonstance que la société concessionnaire se soit abstenue d'invoquer une situation de force majeure serait, en tout état de cause, dénuée d'incidence, dès lors que les conditions de cette invocation ne sont pas réunies et que ces conditions sont appréciées objectivement sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le concessionnaire et le concédant.

### **Sur la troisième question :**

12. Le Conseil d'Etat estime que l'option consistant en une résiliation de la convention par l'Etat pour motif d'intérêt général conduisant à la conclusion d'un nouveau contrat après l'organisation d'une nouvelle procédure de sélection, serait, dans les circonstances de l'espèce, légalement fondée.

13. Rien ne s'opposerait à ce que l'Etat exerce, en l'espèce, le pouvoir reconnu aux personnes publiques de résilier unilatéralement les contrats auxquels elles sont parties, pour un motif d'intérêt général. Relevant des règles générales applicables aux contrats administratifs, ce pouvoir s'exerce sans qu'il y ait lieu de distinguer les concessions de travaux. En outre, ces principes n'ont pas été remis en cause par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. La circonstance que la résiliation interviendrait à un stade très précoce n'est pas de nature à faire obstacle à l'exercice de ce pouvoir par la personne publique concédante. L'abandon d'un projet figure au nombre des cas dans lesquels un contrat peut être résilié et les motifs mis en avant par le Premier ministre dans son intervention du 17 janvier 2018 répondent à l'intérêt général. C'est donc à bon droit que les stipulations du V de l'article 4.D du cahier des charges de la concession assimilent « *le renoncement de l'Etat au projet de l'aéroport NDDL* » à « *une résiliation de la concession pour motif d'intérêt général* ».

14. Les stipulations du V de l'article 4.D du cahier des charges annexé à la convention prévoient qu'en cas de renonciation de l'Etat au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, « *le concessionnaire a droit à une indemnité calculée selon les modalités définies par le II de l'article 81* ». L'indemnisation prévue au II de l'article 81 est égale à l'intégralité du montant de l'encours des financements privés externes ainsi que des fonds propres et des quasi-fonds propres « *injectés réellement préalablement à la date de résiliation* » par les actionnaires du

concessionnaire, des coûts ou, le cas échéant, des gains de rupture des instruments de couverture, des frais raisonnables et justifiés de résiliation des contrats relatifs aux financements privés externes et aux financements relais externes dont le remboursement a vocation à être financé par des personnes détenant directement ou indirectement une fraction du capital social ou des droits de vote du concessionnaire ainsi que des frais raisonnablement encourus et justifiés par le concessionnaire pour la résiliation des contrats passés avec ses prestataires.

Le Conseil d'Etat estime que l'application de ces premières stipulations ne soulèverait pas de difficulté, dans la mesure où ne seraient pris en compte que les fonds effectivement investis dans l'opération à la date de résiliation.

15. Mais les stipulations du d) du II de l'article 81 prévoient, en outre, l'indemnisation de l'intégralité du montant « *du manque à gagner diminué de l'encours des fonds propres et des quasi-fonds propres injectés préalablement à la date de résiliation par les actionnaires du concessionnaire tels qu'ils apparaissent à l'annexe 18 (qui comporte la modélisation financière année par année de la concession) puis majoré de l'impôt sur les sociétés au taux légal (...)* ».

16. Les modalités de calcul du manque à gagner sont ensuite précisées. Les A, B et C du II de cet article distinguent, à cet effet, trois modalités de calcul du manque à gagner en fonction du moment où intervient la résiliation : la première modalité correspond au cas de figure où la résiliation intervient avant le deuxième anniversaire de la mise en service, la deuxième modalité au cas où celle-ci intervient après le deuxième anniversaire et la dernière après le 32<sup>ème</sup> anniversaire de la mise en service. Ces stipulations obligent, dans les cas A et B, les parties à choisir le résultat le plus avantageux pour le concessionnaire entre un calcul du manque à gagner déterminé à partir des seuls documents financiers annexés à la concession ou déterminé à dire d'expert, ce dernier cas correspondant vraisemblablement à l'hypothèse où les résultats effectivement dégagés par l'exploitation seraient supérieurs à ceux retenus dans les documents financiers. Dans le cas C (correspondant à une résiliation intervenant après le 32<sup>ème</sup> anniversaire de la mise en service), le manque à gagner doit être évalué uniquement à dire d'expert.

17. Le Conseil d'Etat ne peut que constater qu'aucune des modalités de calcul du manque à gagner prévues par ces stipulations, qui ont été rédigées pour s'appliquer à des résiliations intervenant toutes après la mise en service de l'infrastructure, par référence à l'anniversaire de celle-ci, ne concerne le cas d'une résiliation intervenant avant la mise en service de l'infrastructure, ni *a fortiori* avant le commencement des travaux. Ces stipulations ne contiennent pas davantage de grille de lecture permettant de les adapter à la situation d'une résiliation intervenant à un stade aussi précoce.

18. Lorsqu'elles sont confrontées à des stipulations lacunaires d'un contrat, il incombe aux parties, conformément à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de leur donner, sous le contrôle du juge, une portée qui soit conforme à la volonté des parties et qui respecte les principes dégagés par la jurisprudence.

19. Le contrat, sur ce point, manifeste une volonté des parties d'indemniser un manque à gagner, compte tenu du V de l'article 4.D, même en cas de résiliation intervenant avant la mise en service de l'infrastructure, d'une part, et d'adopter pour évaluer ce manque à gagner une formule consistant à actualiser chacun des dividendes futurs anticipés année par année par les documents financiers annexés à la convention de concession à un taux égal à celui de l'obligation assimilable du Trésor (OAT) majoré d'une prime de risque, égale à 4 % ou à 3 % selon les cas, puis à additionner l'ensemble des dividendes ainsi actualisés, d'autre part.

Le Conseil d'Etat n'a pas vu d'argument permettant de remettre en cause, dans leur principe, ni l'indemnisation d'un manque à gagner du concessionnaire, ni la pertinence de la modélisation financière prévue par le cahier des charges, notamment le taux de rentabilité interne (TRI) retenu.

20. La volonté ainsi entendue des parties ne saurait toutefois méconnaître les principes dégagés par la jurisprudence en matière d'indemnisation du concessionnaire, en cas de résiliation anticipée du contrat pour un motif d'intérêt général.

21. Si les modalités de calcul de l'indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, cette liberté contractuelle s'exerce sous le contrôle du juge qui doit, en particulier, vérifier, d'office, qu'il n'en résulte pas, au détriment de l'Etat, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé. Cette application de la prohibition générale faite aux personnes publiques de consentir des libéralités (CE, Section, 19 mars 1971, *Mergui*, au Rec. p. 235) se double d'une limite propre aux contrats administratifs : une stipulation prévoyant les modalités d'une indemnisation de résiliation ne doit pas, en étant dissuasive, faire obstacle à l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale reconnu à la personne publique, auquel celle-ci ne peut renoncer. Il a ainsi été jugé qu'une clause par laquelle l'administration renoncerait par avance à son pouvoir de résiliation unilatérale serait nulle (CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat Crédit Foncier de France*, au Rec. p. 141).

22. Or, les montants, en valeur 2018, du manque à gagner correspondant aux 2,2 milliards d'euros de dividendes cumulés attendus en fin de concession en vertu des documents financiers de la concession (annexe 18), qui seraient obtenus par application littérale de cette formule, au taux actuel de l'OAT<sup>1</sup>, seraient, en première estimation, compris entre 425 millions d'euros et 305 millions d'euros. Le premier de ces montants correspond à un taux d'actualisation de 1,5777 % d'OAT auquel s'ajoutent 3% de prime de risque et le second à 1,5777 % d'OAT auquel s'ajoutent 4 % de prime de risque.

23. Pour apprécier si ces montants risqueraient de conduire à une rémunération du concessionnaire contraire aux principes jurisprudentiels rappelés au point 21, il est nécessaire d'apprécier le TRI réel auquel correspondrait le fait de percevoir, en 2018, l'une ou l'autre des sommes mentionnées au point 22 au regard des 9 millions d'euros en définitive investis par les actionnaires de la société AGO dans le projet entre 2011 et 2018. A supposer que ces 9 millions ont été investis en fonds propres, on parviendrait, sur sept ans, à des taux de rentabilité interne, respectivement, de 73% ou de 65%. A titre de comparaison, le Conseil d'Etat observe que le TRI retenu par les parties lors de la conclusion de la convention et figurant à ce titre dans la modélisation financière de la concession par année contenue à l'annexe 18 du cahier des charges était de 13,42 %. De tels montants d'indemnisation du manque à gagner seraient, au regard du taux de rentabilité qu'ils procureraient effectivement aux actionnaires de la société AGO, dénués de tout sens sur un plan économique et feraient encourir à l'Etat le risque de contrevenir à la prohibition faite aux personnes publiques de consentir des libéralités.

24. Si elles entendent se prémunir contre les risques juridiques encourus par une telle application des stipulations combinées du V de l'article 4.D et du II de l'article 81 du cahier des charges, les parties devraient convenir d'une interprétation du contrat conduisant à ce que l'évaluation du manque à gagner subi par le concessionnaire du fait d'une résiliation unilatérale du contrat prenne en compte la situation particulière créée par l'absence d'exécution par ce dernier de ses obligations financières et, notamment, par la faiblesse très inhabituelle des

---

<sup>1</sup> Le taux à 30 ans de l'OAT est évalué par la Banque de France à la date du 3 avril 2018 à 1,5777 %.

investissements de ses actionnaires, à hauteur de seulement 9 millions d'euros sur sept ans, ainsi qu'il a été dit au point 23.

25. Le Conseil d'Etat ne disposant pas de l'ensemble des éléments nécessaires pour déterminer lui-même un taux d'actualisation plus pertinent économiquement que ceux, inadaptés à une résiliation intervenant à un stade très précoce et avant toute exploitation, prévus par les stipulations du II de l'article 81 du cahier des charges, ou un taux de rentabilité interne raisonnable au regard du risque réellement encouru par les actionnaires du concessionnaire, ne peut que présenter au Gouvernement des suggestions qu'il appartiendra aux parties, sous le contrôle du juge de l'exécution du contrat, d'expertiser pour parvenir à une solution d'indemnisation équilibrée.

26. En tout état de cause, lorsque les parties constatent qu'à la date de la résiliation, aucune des étapes essentielles devant conduire à la mise en service, notamment le bouclage financier de l'opération, n'a été franchie, l'évaluation à dire d'expert n'est pas justifiée et la détermination du manque à gagner subi par le concessionnaire devrait prendre en compte des paramètres pertinents tenant compte des particularités de cette situation d'inexécution, notamment :

- du volume des fonds réellement investis par les actionnaires du concessionnaire à la date de la résiliation ;

- de la durée au cours de laquelle les fonds investis ont été effectivement immobilisés.

Ces paramètres pourraient conduire, parmi d'autres calculs possibles, à privilégier un raisonnement financier consistant à évaluer ce que représenterait un investissement de 9 millions d'euros pendant sept ans à un taux économiquement pertinent qui pourrait être le TRI équivalent à celui anticipé par les documents financiers de la concession (13,42 %).

27. Le Conseil d'Etat signale également au Gouvernement que, dans l'hypothèse où le groupe Vinci serait pressenti pour reprendre l'exploitation des aéroports de Nantes-Atlantique et Saint-Nazaire Montoir dans le cadre d'une nouvelle concession après une procédure de mise en concurrence, il appartiendrait à l'Etat, pour apprécier l'existence d'un préjudice et en évaluer le montant, de prendre en compte, au titre du recoupement partiel entre les deux concessions, le bénéfice que ce groupe serait susceptible de retirer de la réalisation, en tant que titulaire du nouveau contrat, de prestations identiques à celles exécutées au titre du contrat résilié, en application de la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, 26 mars 2018 *Société Balineau*, n° 401060).

28. Enfin, et de manière générale, le Conseil d'Etat souhaite attirer l'attention du Gouvernement sur la nécessité pour les administrations concernées de tirer pour l'avenir tous les enseignements du présent avis, en particulier en prévoyant, dans les contrats de concession, des régimes d'indemnisation pour résiliation qui soient différents, selon que la résiliation intervient alors que l'infrastructure est déjà en exploitation ou avant sa mise en service.

Cet avis a été délibéré et adopté par l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans sa séance du 26 avril 2018.