

L'« accord autonome » attaché au financement d'un contrat public

L'accord autonome oblige la personne publique à verser aux banques, en cas d'annulation du contrat, les indemnités auxquelles elles avaient droit en application du contrat annulé et en contrepartie les banques acceptent un « tirage » sur la dette malgré l'existence d'un recours. Cependant, sa nature juridique précise et son régime sont sujets à débat.

Sûreté attachée au financement de certains contrats publics d'affaires, l'accord autonome est un outil contractuel empirique qui a connu un fort développement, et dont il n'est pas exclu qu'il soit consacré par le législateur dans un avenir proche. Apparu autour des contrats de partenariat, on le retrouve aujourd'hui aussi dans la sphère des concessions de service public et même ailleurs parfois.

L'accord autonome répond à l'origine à une préoccupation des établissements financiers qui apportent au titulaire d'un contrat public les fonds nécessaires à la réalisation des équipements qu'il a la charge de réaliser : si le contrat est annulé à la suite d'un recours, les banques ne pourront pas solliciter le contrat (et les clauses indemnitaires qu'il renferme) puisqu'il sera par définition analysé comme n'ayant jamais existé. Nécessairement placés sur un terrain extracontractuel, les prêteurs, mais parfois aussi aujourd'hui les industriels et investisseurs eux-mêmes, craignent alors que l'indemnité qui leur sera allouée ne leur soit versée que très tardivement. Au-delà - et surtout - ils craignent que cette indemnité ne couvre pas l'intégralité de ce à quoi ils avaient droit en application du contrat ; c'est-à-dire en principe l'intégralité des dépenses effectivement engagées (le capital qu'ils ont prêté, mais aussi les différents frais financiers attachés au prêt), voire une partie du manque à gagner (la marge), ainsi que les frais qu'emporte l'interruption du projet et des financements (la résiliation des sous-contrats, les frais d'interruption de chantier, les frais de débouclage des taux...)^[1].

Si la crainte se comprend sans peine, elle n'est pas non plus pour autant une fatalité. Il est des techniques de financement qui n'offrent pas de place à des anxiétés de cette nature. La crainte ne se matérialise en effet que si, très schématiquement, il est une volonté pour les prêteurs de solliciter directement la personne publique

Auteur

Alexandre Vandepoorter
Avocat associé, Seban et associés

Mots clés

Accessoire • Contrat de partenariat • Indemnités • Transaction

[1] Voy. A. Djemaoun, L. Laviolle, « L'accord autonome : une réponse aux réserves des banques à financer les contrats de partenariat », *BJCP*, 2012, n° 84, pp. 319 et s.

pour garantir le remboursement de la dette, et non pas seulement le titulaire du contrat ; titulaire avec lequel les banques ont conclu un contrat de crédit et qui pourrait donc très bien leur donner lui-même sa garantie. Au-delà, il est évidemment toujours possible de neutraliser le sujet : il suffit de subordonner le « tirage » sur la dette à la purge de tout recours contre le contrat de partenariat ou la concession. Et c'est ce qu'il advient le plus souvent en pratique. Mais la solution n'est pas praticable lorsqu'il est impératif que le titulaire du contrat puisse disposer des financements sans attendre la purge des recours contre le contrat ou les autorisations administratives qui subordonnent la réalisation du projet (permis de construire, arrêtés environnementaux...). Et c'est ici qu'intervient l'accord autonome.

Mode de gestion contractuel du risque de recours, parmi d'autres^[2], l'accord autonome a fondamentalement pour objet de faire obligation à la personne publique de verser aux banques, en cas d'annulation du contrat, les indemnités auxquelles elles avaient droit en application du contrat annulé. Et, en contrepartie, les prêteurs acceptent de rendre immédiatement disponibles les financements, malgré l'existence d'un recours contre le contrat. La « sanctuarisation » de l'indemnité due aux banques en contrepartie de la disponibilité du financement forme ainsi le cœur de l'accord autonome : si le contrat devait disparaître à raison d'une nullité qui l'affecte, l'accord doit exprimer son autonomie en produisant alors certains des effets que le contrat devait sinon lui-même produire. Et l'enjeu du sujet est ici : est-ce que, et alors dans quelle mesure, un accord peut avoir pour objet de maintenir en vie certaines des clauses d'un contrat dont la nullité a pourtant été constatée ?

La question suscite plus de réflexions qu'elle n'appelle de réponses certaines en l'état, et ce tant en considération du statut de l'accord autonome que du régime qu'il emporte.

Le statut de l'accord autonome

L'accord autonome est un acte *sui generis* qui serait, en droit, soit un accessoire du contrat qu'il doit pour partie maintenir en vie, soit un accord transactionnel par anticipation d'une éventuelle nullité du contrat.

Un accessoire *sui generis* du contrat public ?

Saisie de la légalité de l'accord autonome conclu dans le cadre du contrat de partenariat qui a pour objet la construction du nouveau stade de Bordeaux - équipement dont on sait qu'il doit être prêt pour accueillir la coupe d'Europe de football de 2016 - la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que l'acte autonome est un acte qui « constitue l'accessoire du contrat de partenariat » en ce qu'il « a pour objet de garantir la continuité du financement du projet, objet du contrat de partenariat, en

cas de recours des tiers contre ce contrat ou l'un de ses actes détachables »^[3]. L'énoncé est clair mais laisse le lecteur quelque peu sur sa faim.

Il est clair que l'accord autonome peut être analysé comme un « service financier » que les banques – qui interviennent comme prestataires du titulaire du contrat – « offrent » à une personne publique pour les besoins du contrat de partenariat ou de la délégation de service public. Mais le constat ne dit pas comment un acte peut être tout à la fois l'accessoire d'un contrat, sans pour autant lui-même disparaître avec l'annulation du contrat. Si l'accord est ainsi, en droit, un accessoire du contrat de partenariat, il sera au contraire toujours difficile d'être pleinement convaincu de son autonomie par ailleurs, et en particulier de sa capacité à maintenir en vie certaines des clauses essentielles du contrat de partenariat disparu. Il semblait acquis, en effet, que les clauses qui ont un impact déterminant sur la conclusion d'un contrat et qui participent à son économie globale ne pouvaient pas être dissociées de leur ensemble contractuel^[4]. Et on voit mal pourquoi les clauses indemnitaires d'un contrat public d'affaires, que l'accord autonome reprend sur le fond, ne seraient pas des clauses substantielles. Il est vrai que les clauses indemnitaires sont formellement dissociées de l'ensemble contractuel frappé de nullité. Mais il n'est pas sûr que cette circonstance soit réellement opérante.

Du reste, l'objet assigné à l'accord autonome – « garantir la continuité du financement du projet en cas de recours » – ne semble, à première vue, guère compatible avec le principe d'effectivité des recours contentieux^[5]. Il est vrai que l'accord autonome ne prive pas les tiers au contrat d'exercer un recours contre le contrat. Et il ne fait pas non plus obstacle à l'effectivité de l'annulation du contrat, puisque l'essentiel des obligations à la charge des parties s'éteindra. Mais l'effectivité du recours s'arrête tout de même quelque peu aux clauses indemnitaires du contrat, puisqu'elles sont « reprises » dans l'accord autonome et continueront donc à produire des effets. Est-ce à dire qu'en reprenant (« à son compte ») les indemnités dues aux banques, l'accord autonome leur donne un fondement propre et « met dès lors à la charge des parties signataires des obligations indépendantes de celles nées du contrat »^[6] ? Il n'est pas interdit d'en douter.

En droit, l'essentiel n'est peut-être pas l'instrument formel qui porte les indemnités dues (*l'instrumentum*), mais le fondement sur la base duquel les indemnités sont calculées. Il est en effet plus facile de croire à une réelle indépendance entre les deux conventions, si les indemnités dues au titre de l'accord autonome n'étaient pas nécessairement celles qui avaient été convenues au titre du contrat de partenariat, parce que calculées sur une

[3] CAA Bordeaux 17 juin 2014, M. Rouveyre, req. n° 13BX00564.

[4] Sur ce sujet, voy., par exemple, S. Braconnier, « Contentieux de l'annulation du contrat administratif et divisibilité des stipulations contractuelles », *Actes pratiques et Ingénierie immobilière*, 2013, n° 1, p. 43.

[5] Cons. const. n° 96-373 DC du 9 avril 1996.

[6] CAA Bordeaux 17 juin 2014, M. Rouveyre, précité.

[2] A. Vandepoorter, « La gestion contractuelle du risque de recours dans les contrats de partenariat public-privé », *Actes pratiques et Ingénierie immobilière*, 2013, n° 1, pp. 34-39.

base légale différente. S'il devait ainsi exister une réelle différence de fond dans le façonnement des indemnités dues au titre d'un acte à l'autre (quitte à ce qu'en définitive le montant retenu puisse être le même), la légalité de l'accord autonome s'imposerait en effet sans doute avec plus d'évidence. Mais il faut donc identifier autrement ce que pourrait être ce fondement qui justifierait que des obligations distinctes puissent être ainsi mises à la charge d'une personne publique dans le cadre d'un accord « autonome ». L'exercice conduit logiquement à la transaction.

Un accord transactionnel par anticipation ?

La doctrine et ceux qui militent pour la légalité des accords autonomes se placent généralement sur cette qualification⁽⁷⁾. Et c'est sur ce terrain que le tribunal administratif de Bordeaux s'était placé en première instance, dans l'affaire du stade de Bordeaux. Pour lui, l'accord autonome permet « de régler les conséquences financières d'une éventuelle annulation du contrat à l'égard du partenaire et des créanciers financiers, à l'instar du contrat de transaction par lequel les parties terminent, en vertu de l'article 2052 du Code civil, une contestation née ou préviennent une contestation à naître »⁽⁸⁾. Tout cela paraît, à première vue, répondre à un certain bon sens : l'accord autonome a effectivement bien pour objet de solder les conséquences de l'annulation d'un contrat et règle un litige à venir entre deux parties, en fixant l'indemnité que l'une doit à l'autre en conséquence de cette annulation. Il est vrai que la transaction anticipe l'évènement (la nullité du contrat) qui pourrait faire naître une contestation. Mais il est peut-être vrai aussi que « rien ne s'oppose à ce que les parties s'entendent à l'avance sur les modalités d'un règlement d'indemnisation en cas d'annulation contentieuse »⁽⁹⁾. Il faudrait ainsi comprendre que l'anticipation à laquelle procède l'accord autonome est justifiée par « l'intérêt du service public »⁽¹⁰⁾, et comprendre en conséquence que l'effectivité de l'accord autonome doit être subordonnée à la réalisation d'une forme de « condition suspensive » attachée à la réalisation effective d'un évènement, à savoir une décision de nullité du contrat⁽¹¹⁾. Et ce serait alors sur la base de cette qualité particulière (une transaction par anticipation) que le régime de l'accord autonome devrait pouvoir légalement se fixer.

Le régime de l'accord autonome

Trois sujets peuvent retenir ici l'attention.

(7) S. Braconnier, « L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé », *AJDA* 2013, pp. 531 et s. ; E. Nigri, « Contrats de partenariat et accords autonomes : première remise en question ou fausse alerte ? », *Contrats et marchés publics*, n° 3, mars 2013, commentaire n° 84.

(8) TA Bordeaux 19 décembre 2012, M. Rouveyre, req. n° 1104924.

(9) *Ibid.*

(10) *Ibid.*

(11) En ce sens, S. Braconnier, « L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé », *AJDA* 2013, p. 532.

Un accord administratif

Contrairement à ce qu'a pu soutenir une partie de la doctrine⁽¹²⁾, le juge administratif a jusqu'ici considéré que l'accord autonome était un acte administratif parce qu'il était l'accessoire d'un contrat administratif (le contrat de partenariat) : « bien que qualifié d'"autonome", cet accord n'en constitue pas moins un accessoire du contrat de partenariat passé pour la réalisation du nouveau stade, et relève, par suite, de la compétence du juge administratif »⁽¹³⁾. Le raisonnement suscite la réflexion. Déjà, il peut paraître surprenant qu'une transaction puisse être analysée comme un accessoire du contrat dont elle règle pourtant les conséquences produites par son annulation. Il est vrai qu'un lien juridique entre l'accord autonome et le contrat auquel il est attaché est souvent consacré ; mais il est possible, dans l'absolu, d'envisager – même si pratiquement très compliqué – qu'il n'y ait pas de lien de droit entre le contrat de partenariat et l'accord autonome, que l'un ne fasse aucunement référence à l'autre, et réciproquement. Au-delà, et surtout, s'il faut analyser l'accord autonome comme une forme de transaction, il n'est pas nécessaire de solliciter la théorie de l'accessoire pour placer l'accord autonome dans le champ du droit administratif. Si une transaction relève de la juridiction qui aurait été compétente pour statuer sur le litige au fond⁽¹⁴⁾, l'accord autonome devrait relever du juge administratif par la seule circonstance qu'il porte sur une contestation attachée aux indemnités qu'une personne publique pourrait devoir en conséquence de l'annulation d'un contrat administratif.

Un acte de la commande publique

En théorie, si l'accord autonome devait être analysé comme une transaction, il ne devrait, par définition, pas relever de la commande publique puisqu'il solde les effets de l'annulation d'un contrat de la commande publique. En pratique, il reste toutefois un outil financier mis à la disposition d'une personne publique pour lui assurer la continuité d'un financement. Et il n'est sans doute pas absurde de le regarder comme une forme de prestation de services financiers que les banques offrent et « facturent » de quelque façon que ce soit à un pouvoir adjudicateur⁽¹⁵⁾. De ce point de vue, en écartant l'accord autonome de toute définition d'un contrat de la commande publique, uniquement à raison de son objet, l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Bordeaux peut susciter de nouveau quelques réserves⁽¹⁶⁾. Quoi qu'il en soit, la

(12) S. Braconnier, « L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé », *AJDA*, 2013, pp. 532-533 ; A. Djemaoun, L. Laviolle, « L'accord autonome : une réponse aux réserves des banques à financer les contrats de partenariat », *BJCP* 2012, n° 84, pp. 321-323.

(13) TA Bordeaux, 19 décembre 2012, M. Rouveyre, req. n° 1104924.

(14) TC 18 juin 2007, Société Briançon Bus, n° C3600.

(15) Conclusions de David Katz, rapporteur public sous CAA Bordeaux 17 juin 2014, M. Rouveyre, req. n° 13BX00564, *AJDA* 2015.

(16) CAA Bordeaux 17 juin 2014, M. Rouveyre, précité.

circonstance n'est pas nécessairement de nature à condamner l'accord autonome : s'il devait effectivement intégrer le champ de la commande publique, il ne serait pas lui-même, pris isolément, soumis à des mesures de publicité et de mise en concurrence, puisqu'il accompagne un contrat global de la commande publique, un contrat de partenariat ou une concession qui renferme une série de prestations de nature distinctes, qu'un même opérateur propose à une personne publique (conception, construction, exploitation, financement...). Seulement, il faut alors peut-être s'assurer que les candidats au contrat aient bien tous la faculté d'offrir cette garantie de continuité du financement, et que la compétition entre eux a également pu porter sur les termes de l'accord autonome proposé à cet effet.

Un acte de portée fatalement limitée ?

Si l'accord autonome devait être une transaction qui peut effectivement anticiper sur les effets d'un évènement à venir (la nullité du contrat), sa légalité serait alors peut-être toutefois subordonnée à la condition qu'elle fixe en amont les effets que cet évènement futur devra produire. C'est autrement dire que l'accord autonome devrait fixer les indemnités dues aux établissements financiers, en considération de ce qui pourra effectivement leur être indemnisé au jour de l'annulation du contrat. Et on sait que l'exercice doit pouvoir satisfaire le principe selon lequel une personne publique ne peut pas verser une somme qu'elle ne doit pas, principe posé pour la première fois précisément au sujet d'une transaction⁽¹⁷⁾. Appliqué à un accord autonome, c'est dire déjà que la personne publique ne devrait pas pouvoir s'engager à verser des indemnités qui aillent au-delà des dépenses qui auront été utilement exposées par les banques. Sur ce terrain, il est sans doute possible d'identifier à l'avance ce qui est dû ; à tout le moins si l'on veut bien croire que le capital prêté aura nécessairement été utile pour la personne publique ; et s'il est bien acquis que l'intégralité des frais financiers qui entourent le capital prêté relève des « dépenses utiles », comme le juge administratif l'a admis à propos d'une délégation de service public⁽¹⁸⁾ et, récemment, à propos d'un contrat de partenariat⁽¹⁹⁾.

La difficulté est ailleurs. Elle porte sur l'obligation – ou non – d'introduire dans l'accord autonome les circonstances qui pourraient – ou non – aggraver ou diminuer l'indemnité due aux banques. La cour administrative d'appel de Bordeaux écarte toute idée d'obligation en la matière, jugeant en effet « que le fait qu'aucune stipulation de la convention n'envisage le cas où l'annulation ou la constatation de nullité du contrat de partenariat

résulterait d'une faute ou de la mauvaise foi du partenaire ne fait pas obstacle à ce que, dans une telle hypothèse, la commune de Bordeaux recherche, si elle s'y croit fondée, la responsabilité du partenaire pour obtenir réparation des préjudices subis du fait de cette faute »⁽²⁰⁾. Le raisonnement a sans doute sa logique pour ceux qui ne voient pas dans l'accord autonome une quelconque transaction. Mais, sinon, il aurait pu paraître logique que les indemnités fixées au titre d'une transaction doivent pouvoir être préalablement diminuées en conséquence de la faute que le titulaire du contrat de partenariat aurait pu par ailleurs commettre, ou qui serait (pour partie) à l'origine de l'annulation du contrat. Et l'exercice devient alors compliqué. C'est vrai surtout si l'accord autonome devait ne pas se limiter à « couvrir » uniquement la dette « tirée » auprès des banques, mais également les investissements engagés par le titulaire du contrat lui-même (les industriels et autres investisseurs), notamment les fonds propres desquels il est en effet d'usage d'y soustraire les différents préjudices qu'une personne publique a pu subir. Si l'acte autonome est peut-être bien un acte intrinsèquement valide, il n'efface donc toutefois qu'en partie l'angoisse qui lui a donné naissance, puisque sa légalité serait subordonnée à la condition qu'il accorde aux opérateurs financiers une somme à peu près équivalente à celle à laquelle ils auraient autrement eu droit en saisissant le juge administratif ; c'est-à-dire celui-là même qui est pourtant à l'origine de leur crainte.

Les lignes qui précèdent n'épuisent sûrement pas le sujet et demeurent surtout très ouvertes ; sans doute parce qu'elles se penchent sur un sujet empreint d'une certaine forme de schizophrénie, puisqu'il se veut tout à la fois un accessoire indispensable, mais un accessoire qui doit toutefois impérativement rester autonome du contrat. Et c'est peut-être bien en partie pour cette raison qu'il est envisagé de lui donner un fondement législatif. Dans le cadre des discussions qui entourent le projet d'ordonnance relative aux marchés publics, et qui entendent procéder à la mutation des contrats de partenariat en marchés de partenariat, il est en effet une version « officieuse » qui poursuit cet objectif. Il est apparemment envisagé de permettre, soit d'introduire une clause indemnitaire qui serait divisible du marché lui-même, soit de conclure un accord autonome. Mais le texte précise – on y revient toujours – que les pénalités, les réfections résultant des manquements du titulaire à ses obligations et les autres préjudices subis par la personne publique devront être déduits des indemnités ainsi sanctuarisées au profit du titulaire du contrat dans la clause ou l'accord autonome. Et il faudra donc composer avec cet exercice de soustraction bien compliqué en pratique ; circonstance qui n'est peut-être pas pleinement de nature à rassurer ceux qui ont appelé de leurs vœux cette consécration « législative ».

(17) CE 19 mars 1971, Mergui, req. n° 79962.

(18) CE 7 décembre 2012, Commune de Castres, req. n° 351752.

(19) CAA Bordeaux 17 juin 2014, M. Rouveyre, précité.

(20) CAA Bordeaux 17 juin 2014, M. Rouveyre, précité.