

III. LES SUITES DU RECOURS

8 La gestion contractuelle du risque de recours dans les contrats de partenariat public-privé

Alexandre VANDEPOORTER,
avocat à la Cour, SCP Seban et associés

1. - LES CLÉS DU PROBLÈME

- A. - La cible du recours
- B. - La nature du recours

2. - L'EFFECTIVITÉ DU CONTRAT SUBORDONNÉ À LA PURGE DES RECOURS

- A. - L'introduction d'une condition suspensive dans le contrat
- B. - Une solution souvent inadaptée

1 - L'objet du sujet tient dans l'énoncé d'une question simple : comment le contrat peut-il lui-même limiter au mieux les conséquences que l'existence d'un recours produirait sur son exécution ?

L'enjeu du sujet est également très clair : l'existence même d'un recours – indépendamment du sort qui lui sera en définitive réservé par les juridictions saisies – plonge les parties dans une incertitude qui peut interrompre, sinon mettre un terme définitif au contrat, et qui peut faire supporter par l'une et/ou l'autre des deux parties une lourde charge financière, alors même que le contrat, tout juste signé, aura à peine commencé à vivre, et que le projet qui l'anime n'aura donc absolument pas été réalisé, ni même parfois été réellement engagé.

Pour percevoir pleinement l'enjeu et identifier en conséquence les réponses qui peuvent être apportées à la question posée, il faut tout d'abord prendre le temps d'exposer en détail les clés du problème, lorsqu'il est appliqué à des contrats qui ont pour objet la réalisation d'un bâtiment public (1). Fondamentalement, les solutions offertes dépendent du risque que l'une et/ou l'autre des deux parties au contrat sont prêtes à prendre : elles peuvent décider de subordonner l'effectivité du contrat à la purge de tout recours par la voie d'une condition suspensive (2) ; mais elles peuvent aussi prendre plus de risque en décidant d'exécuter immédiatement le contrat, quitte à y mettre un terme si un recours devait être exercé (3) ; ou bien encore – et c'est la solution la plus risquée – décider de passer outre l'existence du recours et de continuer à exécuter le contrat tant que la juridiction saisie ne s'est pas prononcée (4).

1. Les clés du problème

2 - Le problème tient à la circonstance que l'existence d'un recours présente, tant pour la personne publique que pour

3. - LA SUSPENSION OU/ET (ENSUITE) LA RÉSILIATION DU CONTRAT EN CAS DE RECOURS

- A. - La suspension du contrat
- B. - La résiliation du contrat

4. - LA POURSUITE DU CONTRAT MALGRÉ L'EXISTENCE D'UN RECOURS

- A. - La poursuite du contrat appuyée sur un accord autonome
- B. - La poursuite d'un « nouveau » contrat

l'opérateur privé, un risque dont la portée est plus ou moins grande en fonction de la cible et de la nature du recours.

A. - La cible du recours

3 - Le recours peut avoir pour objet le contrat ou bien les autorisations administratives nécessaires à l'exécution du contrat, notamment le permis de construire. Le recours contre le contrat s'entend du recours contre le contrat lui-même, mais également contre ses actes détachables : que le recours soit dirigé contre le contrat, contre la délibération qui approuve sa signature ou contre la décision de le signer, le risque s'apprécie pour l'essentiel de la même façon, puisque l'annulation de la délibération ou de la décision de signer peut emporter l'annulation du contrat lui-même.

4 - L'existence d'un recours contre le contrat (ou ses actes détachables) présente toujours un risque, qu'il s'agisse de contrats de droit privé ou de contrats de droit public, et qu'il s'agisse de contrats qui ont pour objet des prestations de services ou des travaux. Et dans la sphère des contrats publics, le risque est présent aussi bien dans les marchés publics que dans les délégations de service public ou autres contrats d'affaires. Mais le risque se présente toutefois avec une acuité toute particulière lorsque le recours est dirigé contre un contrat de partenariat ou autre montage contractuel complexe¹ ; c'est-à-dire un contrat global qui a pour objet, non seulement de confier à un opérateur privé (le partenaire) le soin de réaliser puis d'assurer la mainte-

1. Contrat de partenariat au sens de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004. – ; Bail emphytéotique administratif associé à une convention de mise à disposition (BEA « aller-retour »). – Bail emphytéotique hospitalier (BEH). – Autorisation temporaire d'occupation du domaine associée à une convention de location avec option d'achat (AOT/LOA).

nance d'un ouvrage qui sera immédiatement (une fois achevé) mis à la disposition de la personne publique (État, collectivité territoriale, ...), mais également de lui confier le soin de (pré) financer l'ouvrage : le partenaire est tenu de construire l'ouvrage (un hôpital, un établissement universitaire, un complexe sportif, ...) sans être pour autant rémunéré au fur et à mesure de la construction, ni même à la réception de l'ouvrage : il sera payé sur le long terme, par la voie de loyers que la personne publique lui versera sur toute la durée du contrat (le plus souvent entre 20 et 30 ans) à compter du jour où elle aura effectivement réceptionné l'ouvrage².

L'existence d'un recours contre le contrat présente un risque pour le partenaire et pour la personne publique parce qu'il n'est pas possible, pour l'un comme pour l'autre, d'acquiescer immédiatement une certitude sur le sort qui sera effectivement réservé à l'acte concerné, lorsque la juridiction saisie statuera sur le recours (annulation de l'acte ou rejet du recours).

5 - Le risque pour le partenaire est connu. En cas de recours contre le contrat, le partenaire est malgré tout tenu, en principe, d'exécuter le contrat, au risque de prendre du retard sur le calendrier sur lequel il s'est engagé, et donc au risque d'être contraint, à terme, de verser des pénalités et de supporter les conséquences financières qui seront attachées à un retard dans le versement des loyers. Mais, d'un autre côté, plus il satisfait ses obligations contractuelles (préparation de la demande de permis de construire, installation de chantier, ...) et avance dans les travaux, plus il engage des fonds qu'il n'est pas sûr de récupérer pleinement. En effet, si le contrat est effectivement annulé par une juridiction à la suite du recours, cette annulation interviendra en principe en phase de construction, c'est-à-dire avant même que les ouvrages soient achevés, et donc avant même que le titulaire du contrat ait été rémunéré par la personne publique. Et la difficulté est ici : s'il est acquis qu'une clause du contrat peut fixer l'indemnité due au partenaire en cas d'annulation du contrat, il demeure qu'en principe cette clause est sans effet et ne pourra donc pas être opposée, puisque le contrat (et avec lui l'ensemble des clauses qu'il renferme) est nul et donc réputé ne jamais avoir existé. Et s'il est naturellement possible pour l'entreprise d'exercer une action amiable ou judiciaire en responsabilité, sur le terrain extra contractuel ou quasi délictuel, elle n'est toutefois pas assurée d'obtenir de cette action la même somme que celle qui lui aurait été due en application du contrat. L'entreprise n'est notamment pas sûre de pouvoir récupérer l'ensemble des frais « financiers » qu'elle a immédiatement exposés pour les besoins du financement de son investissement³ ; même si une récente décision du juge administratif devrait toutefois être de nature à rassurer sur ce point : le tribunal administratif de Paris semble disposé à admettre que les frais financiers puissent, dans un contrat de partenariat, revêtir le caractère d'une dépense utile et puissent donc être inclus dans l'indemnité du partenaire⁴.

6 - S'il est un risque, il n'y a sans doute pas matière à s'attendrir pour autant : un entrepreneur doit prendre des risques, et a *fortiori* dans le cadre d'un contrat de « partenariat public-privé », que l'on désigne à l'envie comme étant un contrat dans lequel les risques sont en partie supportés par l'opérateur privé. Mais vient alors une autre difficulté qui nuance considérablement cette dernière assertion. Pour financer le projet, l'entrepreneur fait intervenir un tiers (son prêteur) qui ne prend, en revanche, aucun risque réel. On le sait, pour mobiliser immédiatement les

fonds nécessaires à la réalisation d'un ouvrage public qui ne sera payé que sur le long terme, les entreprises qui investissent dans un contrat de partenariat ne s'appuient aujourd'hui que très peu sur des fonds propres : elles sollicitent le plus souvent des établissements bancaires qui vont leur prêter les fonds nécessaires, ou les prêter à la société dédiée au projet, et ce en contrepartie d'une garantie qui n'est pas donnée par l'entreprise elle-même, mais par la personne publique à laquelle l'ouvrage est destiné, via une cession *Dailly* : la garantie du prêteur repose alors sur les loyers qui devront être versés par la personne publique ou, sinon, sur les indemnités irrévocablement dues par la personne publique en cas de résiliation du contrat avant son terme. Et la pratique pose alors fatalement un constat : les établissements financiers qui interviennent comme prêteurs subordonnent toujours le tirage sur la dette à la purge des recours contre le contrat, c'est-à-dire contre l'acte qui renferme leur garantie.

L'existence d'un recours ne présente alors plus un risque, mais tout bonnement un obstacle à l'exécution du contrat : le partenaire ne pourra exécuter le contrat que dans la seule mesure des fonds propres dont il dispose, lesquels sont toutefois le plus souvent bien modestes par rapport à l'investissement global qu'il faut satisfaire.

7 - Le risque pour la personne publique se présente évidemment sous un angle différent. En cas de recours contre le contrat, la personne publique ne peut pas en principe s'opposer à l'exécution du contrat, au risque sinon de retarder l'achèvement de son projet et de supporter les frais financiers attachés à la cause légitime de retard que son cocontractant ne manquera pas de lui opposer. Mais, d'un autre côté, plus ce dernier avance dans les travaux, plus il sera difficile pour la personne publique de supporter les conséquences d'une annulation du contrat, parce qu'elles seront de plus en plus lourdes. Si le contrat est effectivement annulé, elle devra indemniser l'entrepreneur à hauteur du coût de l'investissement, mais sans doute aussi à hauteur du coût de financement de cet investissement (*supra* n° 5) ; et ce alors même que l'ouvrage ne sera pas (totallement) achevé, et qu'en définitive elle n'aura pas réellement bénéficié d'un financement privé de l'ouvrage, puisqu'elle sera contrainte de verser l'indemnité immédiatement. Au-delà, elle devra confier à une nouvelle entreprise le soin de terminer l'ouvrage, opération dont on sait combien elle est délicate (et donc coûteuse) à mettre en œuvre en considération des enjeux de responsabilité qui l'entourent.

8 - Il n'y a sans doute pas ici non plus matière à s'émouvoir : lorsqu'une collectivité territoriale décide de confier à un entrepreneur le soin de réaliser sous sa propre maîtrise d'ouvrage un équipement public dont elle a besoin, et de (pré) financer ce projet dans le cadre d'un contrat de « partenariat public-privé », elle doit savoir prendre sa part du risque. Mais vient alors une autre difficulté. Si elle prend un risque, elle doit alors aussi supporter celui que son partenaire ne veut (ou ne peut) pas porter en cas de recours contre le contrat : si le partenaire ne veut (par peur de l'avenir) ou ne peut plus (faute de financement mobilisable) exécuter ses obligations tant que le recours n'est pas purgé, il est un risque pour la personne publique que la construction de son ouvrage soit d'autant retardée.

9 - L'existence d'un recours contre les autorisations administratives (le permis de construire notamment) présente un risque qui se traduit différemment, mais qui n'en est pas réellement moins important. Et cela tient principalement à la circonstance qu'un recours contre une autorisation administrative pose une incertitude sur l'avenir du projet (pas de permis, pas de construction), et donc en définitive sur l'avenir du contrat lui-même (pas d'ouvrage à construire, plus d'objet pour le contrat). Et le risque est donc essentiellement le même, pour la personne publique, mais aussi pour l'entrepreneur. Il est vrai que l'indemnité qui lui

2. N. Symchowicz, P. Proot, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes* : Le Moniteur, 3^e éd. 2012.

3. Sur ce point : A. Djemaoun, L. Laviolle, *L'accord autonome : une réponse aux réserves des banques à financer les contrats de partenariat* : BJCP, n° 84, p. 319-321.

4. TA Bordeaux, 19 déc. 2012, n° 1105079, Rouveyre.

serait due en cas d'abandon du projet peut être utilement fixée dans le contrat, et ce sans que le recours puisse cette fois affecter ce fondement conventionnel. Mais il est toujours des incertitudes ; ne serait-ce qu'en égard à la circonstance que l'importance de l'indemnité est en principe fonction de l'origine de l'annulation du permis de construire, et qu'il est bien souvent difficile de s'accorder sur l'origine exacte d'une annulation ; soit parce que plusieurs vices peuvent avoir provoqué cette annulation, soit parce qu'un même vice peut être le fruit d'une faute partagée.

B. - La nature du recours

10 - La portée du risque que l'existence d'un recours fait peser est plus ou moins importante selon la nature du recours. Schématiquement, plus le recours appelle une décision rapide de la juridiction saisie, moins le risque est important. La période d'incertitude qui peut freiner l'exécution du contrat en sera en effet d'autant plus courte. Et de ce point de vue, il faut donc essentiellement distinguer le référé (pré) contractuel et le recours au fond.

11 - Le référé précontractuel est un recours qui n'est pas directement concerné par le sujet : ce recours ne peut plus être exercé une fois le contrat signé, si bien que la question de sa gestion contractuelle est sans objet (CJA, art. L. 551-1 et s.). Le référé contractuel (CJA, art. L. 551-13 et s.) pose un risque limité dans le temps : il peut être exercé contre le contrat dans un délai d'un mois à compter de la publication (régulière) de l'avis d'attribution du contrat signé ; et le juge du référé doit alors statuer rapidement après avoir été saisi (1 mois). L'incertitude que produit un référé contractuel peut donc être en principe levée dans les deux ou trois premiers mois de vie du contrat, ou un peu plus en cas de cassation.

12 - Le recours « Tropic », dirigé contre le contrat par un candidat malheureux, présente en revanche une vraie difficulté, puisque la juridiction administrative va statuer au fond sur ce recours de plein contentieux, soit généralement pas avant un an, sinon plus⁵. Fatalement, sa décision interviendra donc le plus souvent à la fin de la phase de construction de l'ouvrage. Et le référé suspension qui peut être attaché au recours « Tropic » ne modifie pas la conclusion, puisque la décision du juge du référé suspension ne préjuge pas de la décision rendue au fond.

13 - Les recours pour excès de pouvoir qui peuvent être dirigés contre les actes détachables du contrat (délibération approuvant la signature du contrat, décision de signer,...) posent la même difficulté : la juridiction administrative, qui est saisie dans les deux mois à compter de la publication régulière de l'acte concerné (c'est-à-dire concrètement à peu près dans les deux premiers mois de vie du contrat), statuera également au fond, soit vraisemblablement pas avant un an. Le recours contre le permis de construire pose une difficulté presque plus grande encore, dans la mesure où le délai de purge du recours contre le permis intervient tardivement (il démarre plusieurs mois après la signature du contrat). Tout cela sans compter les recours en appel et en cassation qui peuvent être formés.

L'existence d'un recours présente un risque pour les deux parties contractantes. Il est donc impératif d'anticiper, en introduisant dans le contrat un dispositif qui fixe la part du risque que les deux parties contractantes sont prêtes à supporter en cas de recours. C'est ce qu'il convient maintenant d'exposer dans les grandes lignes.

2. L'effectivité du contrat subordonné à la purge des recours

A. - L'introduction d'une condition suspensive dans le contrat

14 - La première solution consiste à ne rien faire tant que les actes ne sont pas devenus définitifs. Elle renvoie au dispositif de la condition suspensive. Une condition suspensive permet de formaliser l'engagement des parties, tout en subordonnant l'effectivité de leur engagement à la réalisation d'un événement futur et incertain, et donc de les protéger des aléas qui peuvent intervenir à courte échéance.

Appliqué au risque de recours contre un contrat public, il s'agit concrètement d'indiquer dans une clause du contrat que l'ensemble des prescriptions qu'il renferme ne seront pas applicables tant que le contrat et ses actes détachables ne seront pas devenus définitifs. La condition suspensive sera donc levée lorsque la personne publique attestera du caractère définitif des actes. Et le contrat sera alors réputé produire (rétroactivement) ses pleins effets juridiques depuis le jour de son entrée en vigueur⁶.

15 - Au premier regard, la solution est confortable pour les parties. Elles sont liées respectivement par un engagement et sont donc chacune assurée que l'autre ne pourra pas s'en dégager ou le modifier. Et dans le même temps, elles ne sont pas tenues d'exécuter un contrat dont l'avenir est encore incertain en l'état, et ne sont donc pas tenues de commencer les travaux et d'engager les dépenses qu'ils impliquent.

Appliqué à des contrats publics qui ont pour objet de confier à un opérateur le soin de réaliser sous sa propre maîtrise d'ouvrage un équipement immobilier et de le préfinancer, le dispositif de la condition suspensive ne doit toutefois pas faire illusion.

B. - Une solution souvent inadaptée

16 - Tout d'abord, la solution est difficile à pratiquer lorsqu'il s'agit non seulement de se protéger d'un recours contre le contrat et ses actes détachables, mais aussi d'un recours contre les autorisations administratives. En effet, la condition suspensive peut difficilement couvrir à la fois la purge des recours contre le contrat et la purge des recours contre les autorisations administratives. Il faut en effet que le contrat produise ses pleins effets pour que l'entrepreneur soit juridiquement tenu par l'obligation de préparer un dossier de permis de construire, et qu'il puisse disposer des garanties qui entourent cette obligation. Et il n'est guère possible d'imaginer une condition suspensive qui ne couvrirait pas certaines clauses du contrat, celles qui engagent le partenaire sur la demande de permis de construire ; le contrat est évidemment un ensemble cohérent de clauses qui ne peuvent pas vivre les unes sans les autres : à l'obligation de préparer une demande de permis de construire est attachée ailleurs dans le contrat un mécanisme de sanction en cas de méconnaissance de cette obligation, et ailleurs encore un mécanisme d'exonération de cette sanction (cause légitime,...). De ce seul point de vue, la condition suspensive demeure un dispositif qui ne paraît guère praticable lorsqu'il s'agit de l'appliquer à un contrat de partenariat « immobilier ».

17 - Ensuite, la condition suspensive présente un inconvénient évident : elle retarde d'autant l'exécution du contrat. C'est un problème pour la collectivité territoriale, puisque c'est son projet

5. CE, 16 juill. 2007, n° 291545, *Sté Tropic Travaux Signalisation* : *JurisData* n° 2007-072199 ; *Rec. CE* 2007, p. 360 ; *Dr. adm.* 2007, comm. 142, obs. Ph. Cossalter ; *JCP A* 2007, 2227, note B. Seiller.

6. O. Ortega, *Les clauses des partenariats public-privé : Contrats de partenariats public-privé* : *Le Moniteur*, fasc. I. 510.

qui est d'autant retardé. On le disait, il sera retardé de deux mois environ, s'il n'est effectivement pas de recours qui ait été introduit dans les délais. Mais s'il existe un recours exercé contre le contrat ou ses actes détachables, la situation peut rapidement devenir insoutenable. S'il s'agit d'un référé contractuel, on le disait, le retard demeure limité (V. *supra* n° 11). Mais s'il s'agit d'un recours « Tropic » ou autre recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes détachables, le retard sur le projet devient considérable et pour ainsi dire sans limite (V. *supra* nos 12 et 13). Et le partenaire ne peut du reste pas non plus supporter cette prolongation indéfinie, parce que ses engagements, notamment en termes financiers (le montant des loyers sur la base desquels sont offerts a été retenue), ont été consentis en considération d'un calendrier précis de réalisation de l'opération : les coûts de construction qu'il a retenus et les marges bancaires qu'il a obtenues pour façonner son offre financière ne peuvent pas être maintenus indéfiniment.

18 - Naturellement, pour éviter cette difficulté, il est possible d'indiquer dans le contrat que la défaillance de la condition interviendra automatiquement si un recours est exercé. Pour plus de souplesse, il est également possible de fixer une date limite de réalisation de la condition suspensive : le contrat sera réputé ne pas avoir existé et ne pas avoir créé de lien entre les parties, si la condition suspensive n'est pas levée avant telle ou telle date, c'est-à-dire si le contrat n'est pas devenu définitif à cette date (dans les six mois à compter de la signature du contrat par exemple). Mais cette solution appelle une conséquence très tranchée. Même s'il ne repose pas sur des moyens juridiquement sérieux et que ses chances de succès sont donc mineures, la seule existence du recours aura eu (immédiatement ou presque) pour effet de mettre définitivement « fin » au contrat et, de fait, de conduire à l'abandon d'un projet, à tout le moins en l'état.

19 - Pour échapper à cette conséquence sans nuance, il peut alors être introduit dans le contrat la possibilité pour la personne publique de renoncer à se prévaloir de la défaillance de la condition suspensive, c'est-à-dire de décider que nonobstant l'existence d'un recours qui perdure, l'ensemble des engagements des parties devient effectif et que le partenaire doit exécuter ses obligations, et donc (se préparer à) effectuer les travaux.

En renonçant ainsi au dispositif de la condition suspensive, la personne publique se place alors dans une tout autre situation contractuelle, et elle prend cette fois un risque.

3. La suspension ou/et (ensuite) la résiliation du contrat en cas de recours

20 - Sans condition suspensive, le contrat entrera normalement en vigueur, à compter de sa notification, et l'entrepreneur commencera donc immédiatement à satisfaire ses obligations et donc à mobiliser à cet effet les financements requis. Un projet commence donc à se réaliser, alors même que son avenir est encore incertain, le contrat et/ou les autorisations administratives n'étant par définition pas encore devenus définitifs. Il est donc un risque. Dans la pratique, le risque est alors géré en deux ou trois temps dans le contrat. Le plus souvent, il est prévu que, si un recours intervient, les parties se concertent pendant une période limitée dans le temps (un mois par exemple), à l'issue de laquelle le contrat est, soit suspendu, soit (ensuite) résilié⁷.

A. - La suspension du contrat

21 - Elle peut être décidée par les deux parties, ou unilatéralement par la personne publique, si le contrat l'a – heureusement – prévu. La suspension est nécessairement limitée dans le temps, parce qu'elle retarde d'autant le projet et parce qu'elle a un prix : elle « immobilise » une équipe, un chantier et des financements, autant d'événements qui suscitent en eux-mêmes des coûts. Pour cette raison, l'entrepreneur n'acceptera une suspension du contrat que si la personne publique supporte les coûts, ou à tout le moins (s'il accepte de prendre sa part du risque) que si le contrat pose un partage des coûts : la suspension peut à cet effet être qualifiée dans le contrat de cause légitime de retard, dont les conséquences financières sont (en partie) supportées par la personne publique. Et le contrat peut d'ailleurs fixer le partage des coûts en distinguant selon que la décision de suspension a été prise – ou non – unilatéralement par la personne publique.

En pratique, la suspension du contrat est une solution opportune lorsqu'il s'agit de couvrir une courte période d'incertitude. Elle peut être utilement sollicitée en cas de référé contractuel : si la décision du juge des référés n'est pas encore intervenue à l'issue de la période de concertation, la suspension du contrat permet d'« attendre » cette décision, ou d'attendre le sort donné au recours en cassation. Elle peut également être sollicitée en cas de recours gracieux contre le contrat ou le permis de construire : elle couvre alors la période pendant laquelle le délai de recours contentieux a été prolongé par l'effet du recours gracieux, dont les parties ont bonne raison de croire qu'il ne se transformera pas en action contentieuse. Dans le même ordre d'idée, elle peut aussi être sollicitée lorsqu'il y a tout lieu de penser que les auteurs du recours – satisfaits par les garanties et précisions qui leur ont été données – s'approprient à le retirer.

22 - Mais lorsqu'il s'agit d'un recours exercé au fond, et avec conviction, la suspension du contrat n'est pas une solution à terme, parce qu'il n'est pas envisageable que le contrat puisse être suspendu pendant toute la durée de l'instruction du recours (un an ou plus) ; non seulement parce que la suspension devient (trop) coûteuse pour la personne publique, mais aussi et en tout état de cause parce que le partenaire ne peut pas supporter une suspension indéfinie du contrat (V. *supra* n° 16).

B. - La résiliation du contrat

23 - Elle s'impose alors en principe. Et c'est ici que le risque pris par la personne publique se concrétise : elle va mettre (unilatéralement ou non) fin à un projet de construction d'un ouvrage qui n'a finalement pas été réalisé, mais qu'elle va devoir tout de même un petit peu « acheter », via l'indemnité qu'elle doit verser à son partenaire. Et c'est ici aussi que le « partage » du risque traduit une formule discutable. Il est entendu que, plus l'indemnité est faible, plus le partenaire prend sa part du risque. Mais à partir du moment où l'indemnité couvre *a minima* les dépenses qu'il a effectivement exposées, comme il advient le plus souvent, le risque qu'il prend est tout relatif en comparaison de celui qui est pris par la collectivité publique, laquelle versera une indemnité qui sera (presque) toujours supérieure à ce qui lui a réellement profité. En tout état de cause, le contrat doit naturellement prévoir en détail les conséquences financières de cette décision de résiliation, et anticiper le partage des risques.

7. V., par exemple, le clausier proposé par la Mission d'appui pour les contrats de partenariat.

Le contrat peut à cet égard distinguer selon que la résiliation a été décidée par les deux parties ou imposée par la collectivité publique. Et l'enjeu se résume alors à la question de savoir si l'indemnité est celle d'une résiliation pour force majeure ou bien (si le partenaire consent à prendre une réelle part du risque) si elle peut être quelque peu inférieure, en introduisant par exemple des mécanismes de plafonnement de l'indemnité. L'origine de la résiliation peut également être un paramètre : si le contrat a été résilié à la suite d'un recours sérieux parce qu'exercé contre un permis de construire qui a été manifestement mal préparé, il peut être logiquement convenu dans le contrat que, dans cette hypothèse, l'indemnité du partenaire sera « uniquement » celle qui correspond à une résiliation pour faute. Tout cela est naturellement affaire de négociation du contrat.

24 - La résiliation est une solution qui est sûrement la plus sage, lorsqu'il y a un risque sérieux que le recours puisse conduire effectivement à l'annulation de l'acte concerné (le contrat ou le permis de construire) ; et c'est tout l'intérêt de la période de concertation, qui permet de prendre le temps d'analyser la portée du recours (V. *supra* n° 21). En revanche, la résiliation est nettement moins facile à retenir, lorsque le recours ne repose pas sur des moyens sérieux, qu'il paraît même « abusif » ou animé par des considérations qui ne sont pas des considérations juridiques. Elle est parfois même une décision « politiquement » impossible à prendre, tant il est impérieux de disposer de l'ouvrage à la date initialement convenue.

Il faut alors passer outre l'existence du recours, et prendre un risque nettement plus grand. C'est ce par quoi il faut terminer.

4. La poursuite du contrat malgré l'existence d'un recours

A. - La poursuite du contrat appuyée sur un accord autonome

25 - La solution est un pari risqué. Mais rien ne s'y oppose juridiquement : le contrat peut donner à la collectivité publique le pouvoir d'imposer la poursuite du contrat. Le problème est ailleurs. Tout d'abord, le partage du risque peut être difficile à trouver. Dans la pratique, il n'est pas rare en effet que la poursuite du contrat soit subordonnée à l'acceptation expresse de la personne publique de prendre en charge l'ensemble des conséquences financières de cette décision. Le dispositif a été jugé licite par le tribunal administratif de Paris, à tout le moins pour peu qu'il n'institue pas « un déséquilibre financier entre les parties au détriment » de la personne publique⁸. Au-delà, il n'est pas rare que la poursuite du contrat soit par ailleurs subordonnée à l'introduction d'une clause selon laquelle, en cas d'annulation du contrat à la suite du recours, l'indemnité du partenaire couvrira son manque à gagner, et l'ensemble des frais financiers engagés. On l'évoquait plus haut, le Tribunal administratif de Bordeaux n'a pas censuré cette façon de faire⁹. La décision de poursuivre le contrat est donc clairement une décision qui présente un risque lourd pour la personne publique. Mais il n'est donc pas d'obstacle à ce stade. L'obstacle est ailleurs.

26 - On le disait (V. *supra* n° 6), les entreprises qui investissent dans un contrat de partenariat ne s'appuient aujourd'hui que très peu sur des fonds propres : elles sollicitent des établissements bancaires qui vont leur prêter les fonds nécessaires, et ce en

contrepartie d'une garantie qui n'est pas donnée par l'entreprise elle-même, mais par la personne publique à laquelle l'ouvrage est destiné, via une cession *Dailly*. Or, dans ce cadre, les banques qui interviennent comme prêteurs subordonnent toujours le tirage sur la dette à la purge des recours contre le contrat, c'est-à-dire contre l'acte qui renferme leur garantie. Par conséquent, le partenaire ne peut pas accepter la poursuite du contrat en cas de recours, puisqu'il ne disposera rapidement plus des fonds nécessaires pour exécuter ses obligations.

27 - Pour éviter l'obstacle, la pratique a donné naissance à l'« accord autonome », également appelé « accord direct » ou « convention tripartite »¹⁰. Il s'agit d'un accord conclu entre la personne publique, le partenaire et son prêteur, et dans lequel les indemnités irrévocablement dues au prêteur en cas d'annulation du contrat sont reprises intégralement. Et l'objectif est entendu : si le contrat devait être annulé par une juridiction administrative, et être censé n'avoir jamais existé, l'accord, parce qu'« autonome », demeurerait en vigueur et garantirait l'opposabilité des droits « indemnitaires » du prêteur.

28 - Le tribunal administratif de Bordeaux a validé l'objet de cet accord, même s'il l'a analysé, non pas comme un accord autonome, mais (au contraire) comme un accessoire du contrat de partenariat. Il a en effet relevé, en premier lieu, que « 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 pas suite de la compétence du juge administratif ». Et il a jugé ensuite « de même qu'elles pourraient le faire pour régler par voie de transaction les litiges relatifs au montant de l'indemnité due au cocontractant dont le contrat a été annulé, 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 ; qu'ainsi l'objet de ce contrat, qui a été conclu dans l'intérêt du service public pour permettre l'exécution du contrat de partenariat malgré un recours contentieux, n'est pas illicite »¹¹. La décision suscite naturellement la réflexion : elle valide la légalité d'un accord qui a pour objet de survivre à l'annulation judiciaire d'un contrat, dont il est pourtant analysé comme un « accessoire » nécessaire. Il faut sans doute attendre que cette décision soit autrement confirmée pour pouvoir conclure plus sûrement sur la légalité et/ou la réelle autonomie de ces accords tripartites, qui soulèvent en effet encore de nombreuses questions juridiques¹².

B. - La poursuite d'un « nouveau » contrat

29 - L'accord autonome est une solution qui ne fait toutefois que repousser quelque peu le problème. Logiquement, l'accord autonome devrait être de nature à rassurer les prêteurs en cas de recours contre le contrat, seulement s'il n'est pas de recours contre l'accord autonome lui-même. Dans la pratique, les banques subordonnent donc le tirage de la dette à la purge des recours contre l'accord autonome.

30 - Dans ce cas de figure, la seule solution est de solliciter autrement des fonds pour pouvoir assurer la poursuite du contrat, malgré l'existence d'un recours.

8. TA, Paris, 7 nov. 2012, n° 1020288/1020289, Assoc. Diderot Transparence.
9. TA, Bordeaux, 19 déc. 2012, n° 1105079, Rouveyre.

10. A. Djemaoun, L. Laviolle, *L'accord autonome : une réponse aux réserves des banques à financer les contrats de partenariat* : B|JCP, n° 84, p. 319 et s.

11. TA, Bordeaux, 19 déc. 2012, n° 1105079, Rouveyre.

12. En ce sens, A. Djemaoun, L. Laviolle, *L'accord autonome : une réponse aux réserves des banques à financer les contrats de partenariat* : op. cit., p. 322 et s.

À cet effet, le contrat peut mettre à la charge du partenaire l'obligation de renforcer le volume de ses fonds propres et, le cas échéant, mettre aussi à la charge de la personne publique l'obligation d'apporter elle-même (après épuisement des fonds propres) une part du financement nécessaire, par la voie d'une avance ou d'une subvention. C'est schématiquement la solution qui a été retenue dans le cadre du contrat de partenariat pour la réalisation du Grand Stade de Nice¹³.

31 - La solution trouvée peut-être une limite : les fonds ainsi mobilisés permettent sans doute de continuer à exécuter le contrat immédiatement après l'introduction d'un recours, mais ils ne pourront pas porter le contrat pendant toute la phase de construction, c'est-à-dire jusqu'à ce que la juridiction saisie au fond se prononce ; au risque de transformer totalement l'architecture du contrat initialement conclu en partenariat public-privé : financé au départ sur une dette *Dailly*, le contrat serait en définitive financé essentiellement par des fonds publics. Il est vrai qu'un contrat de partenariat au sens de l'ordonnance du 17 juin 2004 peut être majoritairement financé par les fonds publics apportés par la collectivité territoriale, lorsque les investissements dépassent un certain volume (40 millions d'euros) (CGCT, art. L. 1414-1. – CGCT, art. D. 1414-9). Mais l'accord autonome ainsi rédigé prive le montage contractuel initialement retenu de sa substance, et donc de son intérêt.

32 - Au-delà, si la poursuite du contrat pourrait donc toutefois, dans l'absolu, être financièrement assurée d'une façon ou d'une autre, le risque demeure cependant, parce que le recours peut

effectivement conduire, en phase de construction, à l'annulation du contrat. Et on le disait (V. *supra* n° 7), dans ce cas, la personne publique va disposer d'un ouvrage qui n'est pas (pleinement) achevé, et qui doit donc être terminé autrement ; opération qui est délicate parce qu'elle commande de confier à un opérateur le soin de travailler sur un ouvrage à la conception duquel il n'a pas été associé. Il est sûrement, là encore, possible d'identifier des solutions qui peuvent être apportées par le contrat : il pourrait imposer à l'équipe de maîtrise d'œuvre sollicitée par le partenaire de s'engager, par acte séparé, sur une offre unilatérale de poursuite du projet en cas d'annulation du contrat, directement pour le compte de la personne publique. À tout le moins, le dispositif a été mis en œuvre pour la construction du Grand Stade de Nice¹⁴. Ce faisant, le contrat disparu, qui reposait sur une maîtrise d'ouvrage privée, donne naissance à un nouveau contrat, sous maîtrise d'ouvrage publique cette fois, ce qui n'est pas sans difficulté juridique.

La poursuite du contrat est donc la gestion contractuelle la plus risquée, parce qu'elle n'est possible qu'au prix de mécanismes qui vont nécessairement alourdir le coût du projet pour la personne publique, et qui suscitent des questions sur le plan juridique, lorsque la décision de poursuivre finit par dénaturer le contrat d'origine, en le déposant de tout aléa, et de tout risque à la charge du partenaire. Mais il ne s'agit pas d'une fatalité non plus : la personne publique doit et peut s'affirmer dans sa capacité à négocier le maintien d'un réel partenariat public privé, dans lequel l'opérateur privé demeurerait en charge d'une part significative du risque.

Mots-Clés : Partenariat public-privé - Recours - Question contractuelle

13. Sur le détail de ce dispositif : E. de Fenoyl, Ch. Rasoamanana, *La poursuite de l'exécution du projet en cas de recours contre le contrat de partenariat : la clause Nice stadium* : Contrats-Marchés publ. 2011, étude 5.

14. E. de Fenoyl, Ch. Rasoamanana, *La poursuite de l'exécution du projet en cas de recours contre le contrat de partenariat...* : op. cit..

9 Contentieux de l'annulation du contrat administratif et divisibilité des stipulations contractuelles

Stéphane BRACONNIER,
professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. - LA DIVISIBILITÉ DU CONTRAT ADMINISTRATIF

A. - La divisibilité du contrat dans le contentieux de l'excès de pouvoir

B. - La divisibilité du contrat dans le contentieux contractuel

1 - Placé, lorsqu'il concerne des opérations immobilières d'envergure, au confluent d'enjeux économiques et politiques majeurs, le contentieux administratif des contrats s'est progres-

2. - LA STIPULATION CONTRACTUELLE DIVISIBLE

A. - La divisibilité subjective des stipulations contractuelles ordinaires

B. - Un principe contestable de divisibilité des clauses réglementaires

sivement stabilisé, au fil d'une jurisprudence administrative empreinte, à la fois, de réalisme et de pragmatisme.