

de la construction. Cette action est généralement diligentée par le maître d'ouvrage lorsque son projet est de part son ampleur, ses caractéristiques, sa situation à l'égard des avoisinants, une source possible de contentieux. Pour être réellement efficace, elle doit intervenir rapidement, avant que les travaux commencent et impliquer tous ceux susceptibles de nourrir un futur contentieux. La garantie apportée aux droits de toutes les parties par le respect du contradictoire aura alors souvent pour

contrepartie le coût de l'expertise. L'investissement devra toutefois être apprécié à l'aulne des bénéfices attendus. Son efficacité dépendra enfin de la mission confiée par le juge à l'expert et de la compétence de dernier. L'expert pourra accompagner le maître d'ouvrage aux premières étapes du chantier et régler au fur et à mesure les difficultés rencontrées.

*Mots-Clés* : Opération de construction - Référé préventif - Expert - État des existants

## 7 L'exercice des recours contre les partenariats public-privé

Maeva GUILLERM et Alexandre VANDEPOORTER,

avocats à la Cour, SCP Seban et associés

### 1. - LES MOYENS ATTACHÉS AUX CONDITIONS D'ACCÈS À UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

- A. - Les conditions communes
- B. - Les conditions spécifiques

1 - L'enjeu du sujet n'est sûrement pas d'identifier les recours qui peuvent être exercés contre les partenariats public-privé. Ce sont les mêmes que ceux qui peuvent être exercés contre tout autre contrat public d'affaires : le référé précontractuel, le référé contractuel, le recours en contestation de la validité du contrat (dit recours « Tropic ») et les recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables. L'enjeu du sujet est donc ailleurs : il tient aux critiques qui, dans le cadre d'un contentieux, peuvent être portées spécifiquement à l'encontre de ces contrats.

2 - La notion de partenariat public-privé renvoie à des contrats qui ont pour objet de confier à un opérateur le soin de financer, de réaliser et d'entretenir ou d'exploiter un ouvrage nécessaire au service public. Le plus ancien est bien connu : la délégation de service public est fondamentalement un contrat global qui fait intervenir un opérateur privé dans la sphère publique. Son histoire contentieuse est également bien connue : les juridictions administratives ont évidemment eu l'occasion de fixer dans le détail – et de faire évoluer avec le temps – les critiques qui peuvent être portées sur les modalités de recours et de passation de ces contrats, ainsi que sur leur économie. Les autres membres de la famille des contrats globaux sont en revanche nettement plus récents, et c'est donc vers eux qu'il faut se tourner, et dont il sera réellement question ici.

Derrière la notion de partenariat public-privé, il faut entendre, tout d'abord, les contrats de partenariat qui ont été créés par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, et dont le régime est fixé, pour les collectivités territoriales, par les articles L. 1414-1 et suivants et D. 1414-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Il faut rappeler que le contrat de partenariat est un contrat global de longue durée qui a pour objet de confier à un opérateur privé (le partenaire) le soin de financer, de réaliser puis d'assurer la maintenance ou la gestion d'un ouvrage qui

### 2. - LES MOYENS ATTACHÉS À L'ÉCONOMIE D'UN PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ

- A. - La compétition sur l'économie du contrat : la procédure de dialogue compétitif
- B. - L'économie du contrat : le partage des risques

sera immédiatement (une fois achevé) mis à la disposition de la personne publique (État, collectivité territoriale,...) : il sera payé sur le long terme par des loyers que la personne publique lui versera sur toute la durée du contrat.

La notion couvre également des montages très semblables, sinon parfois identiques dans leur objet : les baux emphytéotiques administratifs des collectivités territoriales auxquels sont associées des conventions de mise à disposition de l'ouvrage au profit de la personne publique (BEA « aller-retour »), ainsi que les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) des établissements publics de santé. Et elle vise aussi les autorisations d'occupation du domaine public auxquelles sont attachées des conventions de location de l'ouvrage avec option d'achat, au profit de la personne publique (AOT LOA).

3 - Parce que l'ensemble de ces montages contractuels présente des caractères qui les distinguent des autres, ils se prêtent à des critiques (des moyens) spécifiques, qui peuvent leur être portées dans le cadre d'un recours contentieux. Elles tiennent ainsi schématiquement aux conditions d'accès (1) et à l'économie de ces contrats de partenariat public-privé (2).

### 1. Les moyens attachés aux conditions d'accès à un partenariat public-privé

4 - Pour mesurer comment la critique peut être portée sur les conditions spécifiques d'accès au partenariat public-privé (B), il faut d'abord rapidement rappeler comment la critique peut être portée sur celles des conditions d'accès au partenariat public-privé qui sont communes à tous les autres contrats publics d'affaires (A).

## A. - Les conditions communes

5 - Naturellement, les contrats globaux n'échappent pas aux différentes instances et institutions qui doivent être saisies avant qu'une personne publique ne puisse décider de choisir un type de contrat, et une procédure pour conduire sa passation. On sait ainsi que le recours au contrat de partenariat doit intervenir après que la Commission consultative des services publics locaux a été saisie pour avis (CGCT, art. L. 1413-1). Dans certaines circonstances, en considération de l'objet du contrat, il ne peut également intervenir qu'une fois recueilli l'avis du Comité technique paritaire. Le tribunal administratif de Paris a jugé que « la décision de signer le contrat litigieux, qui emporte modification des conditions générales de fonctionnement de l'INSEP et évolution des effectifs qui y travaillent et de leur qualification, était au nombre de celles qui (...) devaient être soumises à l'avis préalable du comité technique paritaire de l'établissement »<sup>1</sup>. Dans l'absolu, le contrat peut être attaqué et sanctionné, faute d'avoir satisfait à cette exigence.

6 - En principe, un manquement en la matière ne peut pas être soulevé à l'occasion d'un référé, précontractuel ou contractuel, puisque le juge du référé ne peut être saisi que de manquements à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Il a ainsi été jugé que l'absence de consultation régulière de la Commission consultative des services publics locaux constituait un moyen qui, soulevé en référé, était sans incidence sur le sort du contrat de partenariat<sup>2</sup>.

7 - Si, en revanche, un manquement de cette nature peut être utilement invoqué dans le cadre d'un recours dirigé, notamment, contre la délibération qui approuve le choix du contrat de partenariat, il s'agit toutefois d'un vice de procédure qui n'entraîne pas nécessairement l'illégalité de l'acte détachable qu'il affecte, et qui a *fortiori* n'atteint donc pas nécessairement le contrat. En ce sens, appliquant la jurisprudence du Conseil d'État en la matière<sup>3</sup>, le tribunal administratif de Bordeaux a jugé, au visa de l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, « que ces dispositions énoncent, s'agissant des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, une règle qui s'inspire du principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'irrégularité de la saisine de la commission des services publics locaux, qui s'est effectivement réunie le 27 mai 2010, avant la session du conseil municipal du 31 mai 2010 au cours de laquelle le principe du recours au contrat de partenariat a été adopté, ait pu exercer une influence sur le sens de cette délibération ou ait privé les conseillers municipaux d'une garantie »<sup>4</sup>.

8 - Pour autant, la méconnaissance d'une exigence attachée à la saisine préalable d'organes consultatifs peut emporter l'annulation de l'acte détachable, à raison des conséquences que le manquement emporte sur l'acte. Mais, dans ce cas, l'annulation de l'acte détachable n'emporte toutefois pas nécessairement de conséquences sur la validité du contrat lui-même. C'est vrai

notamment lorsqu'est en cause l'annulation d'une délibération « pour un motif de procédure qui n'a pas trait à l'objet même du contrat ni au choix du cocontractant et qui n'est pas susceptible d'avoir exercé une incidence effective sur la dévolution du contrat de partenariat à l'entreprise choisie »<sup>5</sup>.

9 - Une méconnaissance des exigences attachées à la saisine de la Commission consultative des services publics locaux ou du Comité technique paritaire peut également être invoquée dans le cadre d'un recours « Tropic »<sup>6</sup>. Mais, ici encore, la critique n'atteint pas nécessairement le contrat : il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices qui entachent la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences puis, le cas échéant, de prononcer une sanction en considération de la nature de l'illégalité commise, sanction qui peut notamment être celle de l'annulation ou de la résiliation, mais pas forcément.

## B. - Les conditions spécifiques

10 - On le sait, il est des conditions spécifiques d'accès aux contrats globaux, à tout le moins au contrat de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 et au bail emphytéotique hospitalier (C. santé publ., art. R. 6148-1). Et il y a tout lieu de penser que tous les contrats globaux, en tout cas ceux qui parfois relèvent aussi fondamentalement du champ d'application du contrat de partenariat (au sens de l'ordonnance), peuvent être également soumis à ces conditions d'accès spécifiques<sup>7</sup>.

L'accès au partenariat public-privé est subordonné à une évaluation préalable qui, en substance, expose les mérites du contrat concerné et expose dans quelle mesure les conditions (alternatives) d'éligibilité du contrat sont vérifiées : complexité du projet, urgence du projet ou efficacité du recours au contrat global.

11 - Il est donc une critique inédite qui peut être formulée à l'encontre de ces contrats et/ou des actes qui les entourent : l'inéligibilité du projet. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État l'ont rapidement souligné : « la légalité de la décision de lancer la procédure de passation d'un contrat de partenariat est soumise non seulement à la réalisation, dans les formes prescrites, de l'évaluation préalable, mais aussi, sous le contrôle du juge, à la condition que le projet envisagé corresponde effectivement à l'une des situations visées au a) de l'article 2 de l'ordonnance et de l'article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales »<sup>8</sup>.

12 - C'est naturellement contre la décision d'approbation du recours au partenariat public privé ou contre la décision qui, plus tard, autorise la signature du contrat, que la critique peut le plus logiquement (et le plus utilement) être formulée. Et c'est dans ce cadre que le juge administratif a eu l'occasion de préciser les critères d'éligibilité, et de préciser dans quelle mesure il convenait de contrôler s'ils étaient – ou non – satisfaits<sup>9</sup>. Et, à cet égard, il a eu l'occasion de rappeler qu'il était libre et seul en mesure d'apprécier en dernier ressort si un contrat répondait – ou non

1. TA Paris, 12 mars 2008, n° 0702363, UNSA Education.

2. TA Nice, ord. 30 août 2006, n° 0604196, SA TIRU.

3. CE, 23 déc. 2011, n° 335033, Claude A et a. : JurisData n° 2011-029061.

4. TA Bordeaux, 19 déc. 2012, n° 1105078, Rouveyre. – TA Bordeaux, 19 déc. 2012, n° 1104924, Assoc. Trans'Cub.

5. TA Paris, 7 nov. 2012, n° 1020288, Assoc. Diderot Transparence. – TA Paris, 12 mars 2008, n° 702363, UNSA Education et autres.

6. 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.

7. N. Szymchowicz et P. Proot, Partenariats public-privé et montages contractuels complexes : Le Moniteur, 3<sup>e</sup> éd. 2012. – G. Clamour, Règles de passation des baux emphytéotiques administratifs : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 35. – S. Braconnier, Les BEA et AOT constitutives de droits réels : JCP A 2011, 2395.

8. Cons. const., déc. 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC. – CE, 29 oct. 2004, n° 269814, Sueur et a..

9. CE, 23 juill. 2010, n° 326544, Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment : JurisData n° 2010-012225. – CAA Bordeaux, 26 juill. 2012, n° 10BX02109, Jean-Benoît A. : JurisData n° 2012-018582.

– à l'une et/ou l'autre des trois conditions d'éligibilité. La cour administrative d'appel de Bordeaux n'a pas hésité en effet à souligner que « *ni le rapport final d'évaluation préalable, ni l'avis de la mission d'appui au partenariat public privé ne sauraient constituer, devant le juge, la preuve de la complexité invoquée* »<sup>10</sup>. La décision apporte une nuance aux recommandations de la récente circulaire du 9 mai 2012 relative aux contrats de partenariat qui présentait l'avis de la Mission d'appui aux partenariats public-privé comme de nature à « *sécuriser la procédure de choix* ».

13 - La critique contentieuse peut donc venir très en amont, en s'en prenant au choix du contrat lui-même. Mais pour autant si l'inéligibilité d'un projet au contrat de partenariat entraîne naturellement l'illégalité de la délibération approuvant le principe du recours à ce contrat ou autorisant l'exécutif à le signer, cette illégalité ne rejaillit pas nécessairement sur le contrat lui-même. C'est ce que la cour administrative d'appel de Bordeaux a rappelé dans la foulée<sup>11</sup>. Elle a jugé en effet que « *l'annulation de la délibération est sans influence sur la validité du contrat* ». La formule est sèche, il est vrai. Mais il faut sans doute comprendre que l'intérêt général commandait ici de ne pas annuler le contrat, au risque sinon de sanctionner le projet qu'il portait.

14 - L'inéligibilité du projet au contrat de partenariat peut sans doute également être invoquée dans le cadre d'un recours – « *Tropic* » – en contestation de la validité d'un contrat. Et, sur le principe, le moyen devrait, s'il est fondé, affecter la validité du contrat : un manquement attaché aux conditions dans lesquelles une personne publique peut recourir, et donc signer un contrat en particulier, pourrait logiquement être analysé comme un vice du consentement de la personne publique. Mais, ici encore, le juge du contrat pourrait naturellement ne pas prononcer l'annulation, notamment à raison de considérations d'intérêt général.

15 - La recevabilité d'un moyen tiré de l'inéligibilité du contrat de partenariat devant le juge du référé (pré) contractuel s'offre en revanche au débat. Les textes semblent s'y opposer, puisqu'ils limitent l'office du juge du référé à l'appréciation des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, lesquelles sont apparemment étrangères à toute considération liée à l'éligibilité du contrat dont elles encadrent uniquement la passation ultérieure. Mais l'analyse est discutée<sup>12</sup>. Le Conseil d'État, comme le Conseil constitutionnel<sup>13</sup> avant lui, a considéré que l'éligibilité d'un projet pourrait être contrôlée au stade du référé précontractuel : « *la légalité de la décision de lancer la procédure de passation d'un contrat de partenariat est soumise, non seulement à la réalisation, dans les formes prescrites, de l'évaluation préalable qu'elles prévoient, mais aussi, sous le contrôle du juge, qui pourra notamment être saisi, au stade précontractuel, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, à ce que le projet envisagé corresponde effectivement à l'une des situations visées au a) de l'article 2 de l'ordonnance attaquée et de l'article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales* »<sup>14</sup>. Le rapporteur public, dans ses conclusions sur cet arrêt l'affirmait : « *nous pensons que le juge administratif, qu'il intervienne comme juge du contrat ou comme juge du référé précontractuel, contrôlera avec attention le respect, par l'évaluation préalable, des conditions de fond posées par l'ordonnance* »<sup>15</sup>.

L'énoncé ne s'est toutefois pas traduit en pratique. Au contraire, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a considéré qu'il n'entrerait pas dans son office d'effectuer un tel contrôle : « *elle ne peut davantage critiquer de manière opérante la légalité de la décision du syndicat mixte de traitement des ordures ménagères de recourir à la procédure du contrat de partenariat ; qu'au demeurant si l'intéressée soutient sur ce dernier point que le syndicat mixte aurait, en contradiction avec les règles autorisant la conclusion d'un contrat de partenariat, défini seul et à l'avance les solutions techniques et financières du projet dont il poursuit la réalisation, l'exactitude d'une telle allégation n'est pas établie* »<sup>16</sup>. Le débat reste donc ouvert.

## 2. Les moyens attachés à l'économie d'un partenariat public-privé

16 - Le partage des risques qui façonne l'économie d'un contrat de partenariat (contrat global qui a pour objet le financement privé d'un ouvrage public sur le long terme) appelle aussi des critiques spécifiques, qui peuvent porter sur l'économie finalement trouvée par les parties (B) et sur la procédure de dialogue compétitif à l'issue de laquelle elle a ainsi pu être identifiée (A).

### A. - La compétition sur l'économie du contrat : la procédure de dialogue compétitif

17 - On le sait, le contrat de partenariat n'est pas passé suivant une procédure spécifique. Il est en principe conclu à l'issue d'un appel d'offres ou d'un dialogue compétitif. Et les autres contrats globaux (BEA, AOT/LOA,...) suivent également l'une ou l'autre de ces procédures, puisqu'ils répondent le plus souvent à la définition d'un marché public au sens de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 et doivent donc faire l'objet des mesures de publicité et de mise en concurrence que la directive renferme<sup>17</sup>. Dans la pratique, parce qu'ils portent des projets complexes, les contrats de partenariat sont le plus souvent passés suivant une procédure de dialogue compétitif. Une procédure qui s'offre sans doute plus que d'autres à la critique. La doctrine signale ainsi « *la variété des chausse-trappes juridiques en matière de contrats de partenariat passés selon une procédure de dialogue compétitif* »<sup>18</sup>. Les juridictions administratives ont ainsi naturellement déjà eu l'occasion de se prononcer sur bon nombre de moyens attachés à des manquements qui auraient affecté l'organisation ou le déroulement du dialogue organisé pour l'attribution d'un contrat de partenariat. Et ce qu'il s'agisse, notamment, des mesures de publicité requises<sup>19</sup>, des critères d'appréciation des candidatures<sup>20</sup>, ou encore des critères de jugement des offres<sup>21</sup>.

18 - Si, de ce point de vue, les critiques peuvent ne pas être spécifiques aux contrats de partenariat et peuvent être aussi bien dirigées contre un marché public, il demeure que toutes les critiques qui peuvent être formulées à l'encontre d'un marché public passé en dialogue ne peuvent pas nécessairement l'être contre un contrat de partenariat, comme l'a souligné le tribunal administratif de Nice<sup>22</sup>. À l'inverse, il faut relever qu'il existe quelques libertés données au contrat de partenariat, notamment

10. CAA Bordeaux, 26 juill. 2012, n° 10BX02109, Jean-Benoît A.

11. *Ibid.*

12. S. Braconnier et P. Peyret, *Référé précontractuel et contrats de partenariat : Contrats-Marchés publ.* 2008, prat. 3.

13. Cons. const., déc. 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC.

14. CE, 29 oct. 2004, n° 269814, Sueur et a.

15. D. Casas : *RFDA* 2004, p. 1103.

16. TA Nice, ord., 30 août 2006, n° 0604196, SA TIRU.

17. TA Bordeaux, 26 nov. 2007, n° 0704671, Sté Norbail-Immobilier. – TA Nice, 6 déc. 2006, n° 0605880, Sté CIRMAD Grand Sud.

18. G. Terrien et V. Cochi, *Les contrats de partenariat à l'épreuve du juge* : JCP A 2008, 2171.

19. CE, 10 juin 2009, n° 320037, Sté Baudin Châteauneuf : *JurisData* n° 2009-075608. – TA Versailles, ord., 22 janv. 2008, n° 800043, Sté Héli Union.

20. CE, 10 juin 2009, n° 320037, Sté Baudin Châteauneuf : *JurisData* n° 2009-075608.

21. TA Nice, ord., 30 août 2006, n° 0604196, SA TIRU.

22. *Ibid.*

sur le façonnement des critères : contrairement à ce qu'il advient des marchés publics, il est indiqué à l'article L. 1414-7 du Code général des collectivités territoriales qu'à l'issue du dialogue la personne publique « précise les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation ». Et le Conseil d'État a pu préciser dans quelle mesure cette possibilité pouvait être exercée sans froisser la directive 2004/18, qui ne consacre pas en effet explicitement cette faculté<sup>23</sup>. Il a indiqué qu'« à l'issue de la phase de dialogue, et avant d'inviter les candidats à remettre leur offre finale le pouvoir adjudicateur, précise, compte tenu de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue, les conditions dans lesquelles il entend faire application des critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou le document descriptif, pourvu qu'il ne modifie ni les critères ainsi définis, ni leur pondération, et qu'il porte ces précisions à la connaissance des candidats de manière transparente et non discriminatoire »<sup>24</sup>.

19 - Sous cette réserve, la procédure de passation des partenariats public-privé ne se distingue donc pas de celle qui encadre la passation d'autres contrats publics d'affaires. Pour autant, il est sans doute des moyens qui peuvent être dirigés contre la procédure de dialogue elle-même, et qui seraient spécifiques au contrat de partenariat, parce qu'immédiatement liés à leur caractère propre, notamment à l'économie particulière de ces contrats. On le sait, la compétition entre les candidats en cours de dialogue est non seulement consacrée aux performances techniques attendues de chacun, mais elle porte aussi sur le partage des risques et sur les modes de financement du projet. Et, sur ces terrains, le pouvoir adjudicateur est parfois amené à solliciter ou s'approprier des mécanismes et autres dispositifs qui commandent une vigilance toute particulière en considération du principe de transparence et d'égalité de traitement entre les candidats. Les modes de fixation définitive de la durée – qui est étroitement liée au plan de financement des candidats – sont naturellement un sujet. L'appréciation des mérites respectifs des offres sur le critère des garanties contractuelles et financières (au titre notamment du partage des risques) est sûrement aussi un exercice compliqué et donc un exercice qui peut potentiellement faire l'objet de reproches de la part de candidats évincés. Il faut aussi penser, et pour ne prendre qu'un dernier exemple, aux mécanismes sollicités pour s'assurer que (un grand nombre) de candidats puissent obtenir (en définitive) des engagements fermes de leurs prêteurs qui soient satisfaisants (confirmation des engagements financiers après remise de l'offre finale, mise en concurrence des établissements financiers en cours de procédure, offre ajustable,...).

Les critiques qui peuvent être portées sur les conditions du déroulement du dialogue concernant ces sujets aussi délicats que spécifiques aux contrats globaux, appellent d'autres reproches qui pourront être formés une fois l'attributaire retenu, et cette fois au titre de l'économie du contrat signé.

### B. - L'économie du contrat : le partage des risques

20 - La critique peut en effet se porter, après-coup, sur ceux des termes du contrat qui sont spécifiques au partenariat public-privé, et notamment sur les clauses consacrées au partage des risques à proprement parler, sur les clauses consacrées au financement ou bien encore sur les actes qui entourent le contrat de partenariat et qui ont dû être conclus en parallèle pour les besoins de la mobilisation du financement (accord autonome, acte d'acceptation de cession de créances Dailly,...).

La jurisprudence en témoigne, et apporte à ce sujet des enseignements intéressants.

Le juge administratif a ainsi eu l'occasion de se prononcer sur le volume des indemnités dues à l'entrepreneur en cas de résiliation du contrat, indemnités qui s'offrent souvent à la critique parce qu'elles ne couvrent pas uniquement les coûts d'investissement engagés par le partenaire, mais notamment aussi son manque à gagner et les frais de rupture des contrats qu'il a conclus avec ses prestataires. Dans ce cas, l'indemnité va au-delà de ce qui a été effectivement réalisé par le partenaire et peut (donc) couvrir plus que le seul préjudice qu'il a subi. La critique s'appuie alors sur le principe qui veut que les personnes publiques ne peuvent pas consentir de libéralités. Le tribunal administratif de Paris s'est penché sur cette critique portée par une association, en indiquant qu'« aucune disposition ni aucun principe n'interdit à une personne publique de conclure un contrat comportant des stipulations prévoyant, en cas d'exercice de son pouvoir de résiliation pour motif d'intérêt général ou pour cause légitime, le versement au cocontractant d'une indemnité pouvant excéder le montant du préjudice subi, dès lors qu'il n'en résulte pas de disproportion manifeste, au détriment de l'administration, entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice subi par le cocontractant »<sup>25</sup>.

Sur le principe il est donc admis que les indemnités puissent excéder le préjudice subi par le partenaire, et ce même si elles « permettraient une double indemnisation des sociétés actionnaires de la société Unicité, à la fois en tant que membres de la société cocontractante et en tant que sous-traitants ». Mais elles ne doivent donc toutefois pas être manifestement disproportionnées au regard du préjudice subi par le partenaire.

Il est donc des moyens de droit qui pourraient être invoqués sur ce terrain et qui seraient spécifiques aux contrats globaux : ils auraient pour objet de dénoncer la disproportion manifeste, au détriment de la personne publique, de l'indemnité prévue.

Dans un ordre d'idée semblable, le tribunal administratif de Bordeaux a eu l'occasion de répondre au moyen selon lequel les sommes mises à la charge d'une commune par un contrat de partenariat, en cas d'annulation du contrat, ne constituaient pas des dépenses utiles. Selon le requérant, ces sommes ne correspondaient pas à l'utilité que pouvait représenter pour une commune la livraison d'un stade non terminé, parce qu'elles comprenaient des frais financiers. Le tribunal l'a écarté en considérant que « les frais financiers engagés par le partenaire pour réaliser l'équipement revêtaient le caractère de dépenses utiles »<sup>26</sup>.

21 - Le sujet s'est également présenté sous l'angle, cette fois, de la prise en charge des conséquences financières qu'emporte une décision de poursuivre l'exécution du contrat malgré l'introduction d'un recours contre le contrat ou le permis de construire qu'il requiert. Le tribunal a ici encore apporté une réponse nuancée en la matière, considérant que dans les circonstances de l'espèce, « à défaut d'accord entre les parties, celles-ci pouvaient procéder à la résolution du contrat, le cocontractant de l'université ayant alors droit à une indemnisation ; que si l'université décidait de poursuivre le contrat, elle devait alors prendre en charge l'ensemble des conséquences notamment financières de cette décision ; qu'en l'espèce, les deux parties ont convenu de poursuivre l'exécution du marché et de mettre à la charge du cocontractant de l'administration le coût des éventuelles modifications induites par les recours contentieux dans la limite de

23. D. Casas, RFDA 2004, p. 1103.

24. CE, 29 oct. 2004, n° 269814, Sueur et a...-V. également TA Nice, ord., 30 août 2006, n° 0604196, SA TIRU.

25. TA Paris, 7 nov. 2012, n° 1020288 et 1020289, Assoc. Diderot Transparence.

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

500 000 euros par bâtiment, le surplus restant à la charge de l'université ; que contrairement à ce que soutient l'association requérante, ces stipulations n'instituent pas un déséquilibre financier entre les parties au détriment de l'université »<sup>27</sup>.

Il est donc ici encore des moyens spécifiques qui pourraient être invoqués : ils auraient pour objet d'inviter le juge administratif à procéder à un contrôle de l'équilibre financier du contrat.

22 - La critique pourra également porter sur les mécanismes sollicités pour obtenir la mobilisation du financement. À cet égard, le tribunal administratif de Bordeaux a été invité à apporter une réponse attendue sur le régime de l'« accord autonome » ; c'est-à-dire l'accord conclu entre la personne publique, le partenaire et son prêteur, et qui a pour objet de reprendre intégralement les indemnités irrévocablement dues au prêteur en cas d'annulation du contrat, et ce de sorte que le prêteur puisse opposer ses droits « indemnitaires » malgré l'annulation du contrat de partenariat<sup>28</sup>. Si l'accord autonome est ainsi bien souvent une charnière essentielle du contrat de partenariat, parce qu'il conditionne le financement, il s'offre toutefois à une critique claire : il a pour objet de faire échec aux conséquences de l'annulation judiciaire d'un contrat de partenariat, puisque son objectif est de maintenir l'effet de certaines de ses clauses ; et du reste, les clauses concernées sont de celles qui peuvent prêter le plus le flanc à la critique, parce qu'elles concernent les indemnités dues aux banques en cas d'annulation du contrat, indemnités qui couvrent bien souvent des postes qui ne sont pas immédiatement attachés aux dépenses utiles de l'entrepreneur. Il n'est donc pas surprenant qu'un accord autonome ait récemment fait lui-même l'objet d'une attaque devant le tribunal administratif de Bordeaux, précisément sur la base de ces critiques.

À cette occasion, le tribunal administratif a répondu à deux questions qui animaient la doctrine sur le sujet : la nature de ces

accords (contrat de droit privé ou contrat administratif) et la validité de leur objet.

Le tribunal administratif de Bordeaux a d'abord considéré qu'il s'agissait de contrats administratifs, parce qu'il s'agissait de contrats accessoires aux contrats de partenariat et non pas d'accords autonomes : « bien que qualifié d'autonome cet accord n'en constitue pas moins un accessoire du contrat de partenariat (...) et relève par suite de la compétence du juge administratif ». Et il a ensuite validé leur objet : « 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 »<sup>29</sup>. Accessoire (utile) du contrat de partenariat, l'accord autonome n'en serait donc pas moins un contrat distinct qui pourrait effectivement survivre à l'annulation du contrat de partenariat et faire office d'accord transactionnel pour régler les conséquences de l'annulation du contrat principal.

Quoi qu'il en soit, l'accord autonome est donc un acte de plus à inscrire dans la liste des actes qui peuvent faire l'objet d'un recours fondamentalement dirigé contre un partenariat public-privé. Et le recours aura alors, ici encore, pour objet de dénoncer la « disproportion manifeste » des indemnités dues, ou le « déséquilibre financier » qu'elles traduisent.

23 - On le voit, les critiques qui portent ainsi sur l'économie même du contrat global, et qui sont donc spécifiques à cette catégorie de contrats publics, s'attaquent en définitive aux défauts qu'on leur prête parfois, mais sur un autre terrain que celui du droit : il s'agit à chaque fois (aussi) de dénoncer la part trop belle qui est donnée aux opérateurs privés et le coût que le dispositif représente pour la collectivité publique. Fondamentalement, derrière la critique – qui se traduit en un moyen de droit – s'exprime alors également le reproche « politique » que le contrat suscite. Et il n'y a là rien de surprenant, ni rien cette fois de spécifique aux partenariats public-privé.

**Mots-Clés :** Partenariat public-privé - Recours

27. Ibid.

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

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

## OPTIMISEZ VOS RECHERCHES SUR LEXISNEXIS JURISCLASSEUR

Simplement, rapidement, grâce à la formation par vidéo

Venez découvrir les fonctionnalités indispensables du service en ligne LexisNexisJurisClasseur en suivant nos vidéos gratuites sur [www.lexisnexis.fr/tutorials](http://www.lexisnexis.fr/tutorials)

### Les vidéos de formation vous permettront :

- de **retrouver rapidement** vos contenus en ligne (JurisClasseur Notarial formulaire, Semaine Juridique Notariale et Immobilière, formules...)
- d'**obtenir et exploiter** des résultats pertinents dans vos recherches



### • L'assistance aux solutions Internet, un service à votre écoute

• Notre service est à votre disposition du lundi au vendredi de 9h00 à 18h00 (hors jours fériés) pour toute question relative à l'utilisation des produits Internet.

• **Formation et Assistance Internet :** [far-legal@lexisnexis.fr](mailto:far-legal@lexisnexis.fr)  
• 0821 200 700 (0,112€ puis 0,09€/min à partir d'un poste fixe)

