

Nullité du contrat de partenariat et indemnisation des frais financiers

Dans un arrêt du 9 juin dernier le Conseil d'État souligne qu'en cas de nullité d'un contrat de partenariat, le titulaire du contrat peut être indemnisé des frais financiers attachés au financement des investissements réalisés. Cependant, les contours de cette indemnisation restent encore à préciser.

Auteur

Victoria Goachet

Avocat à la Cour
SCP Seban et associés

Références

CE 9 juin 2020, Société Espace Habitat Construction, req n° 420282

Mots clés

Frais financiers • Indemnisation • Marché de partenariat • Nullité

Le Conseil d'État met fin à un débat dont les conclusions étaient sans doute encore quelque peu incertaines : est-ce qu'un contrat de partenariat, ou toute autre forme de montage « aller-retour » assis sur un schéma en partenariat public-privé pouvait, en cas d'annulation, ouvrir un droit pour le titulaire du contrat à être indemnisé au titre du financement qu'il a dû lever auprès d'établissements bancaires pour financer les ouvrages et/ou autres équipements que le contrat lui commandait de réaliser, et ce non pas seulement au titre du capital restant dû aux prêteurs, mais également au titre des frais financiers qui sont attachés à cette dette (intérêts, pénalités de rupture anticipée du contrat de crédit, frais de rupture des instruments de couverture de taux...) ?

Aujourd'hui tranchée par les textes pour les marchés de partenariat conclus à compter du 1^{er} avril 2016, la question demeurait ouverte pour les contrats conclus sous l'emprise des textes antérieurs.

Par une décision du 9 juin 2020⁽¹⁾, le Conseil d'État apporte une réponse de principe : les frais financiers attachés au financement des investissements réalisés par le titulaire du marché de partenariat sont bien, sur le

(1) CE 9 juin 2020, Société Espace Habitat Construction, req n° 420282

principe, au nombre des dépenses utiles qui peuvent faire l'objet d'une indemnisation sur le terrain de l'enrichissement sans cause en cas de nullité du contrat de partenariat. Mais la portée précise de cette réponse de principe demeure encore quelque peu incertaine, à tout le moins au premier regard.

Droit à indemnisation des frais financiers en cas de nullité du contrat de partenariat

Le débat est bien connu et concerne les contrats de partenariat, mais pas seulement. Il concerne également les montages « aller-retour » qui ont investi un temps la pratique, sans grande modération parfois. Il s'agit de montages par la voie desquels une personne publique mettait à la disposition d'un groupement d'opérateurs une dépendance du domaine public (via un bail emphytéotique administratif ou une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive de droits réels), à charge pour le groupement de réaliser un ouvrage sur la dépendance puis de le louer à la personne publique (via une convention indissociable de location).

Dans l'espèce tranchée par le Conseil d'Etat, il s'agissait d'un montage « aller-retour » reposant sur deux contrats résiliés en 2006 pour motif d'intérêt général. Un premier signé le 10 juin 1986 par la voie duquel la société anonyme d'HLM de la préfecture de police (devenue depuis la société Espace Habitat Construction) donnait à bail à la commune d'Ozoir-la-Ferrière une résidence pour personnes âgées qu'elle devait édifier sur le terrain communal. Un second signé le 26 juin 1986 par la voie duquel la Commune consentait des droits réels sur ce terrain à la société pour une durée de cinquante-cinq ans.

Dans le cadre de ces dispositifs qui empruntaient l'essentiel du schéma en PPP, le groupement d'opérateurs (preneur à bail ou titulaire de l'AOT) devait donc assurer le financement des investissements à réaliser puisqu'il était rémunéré uniquement par les loyers versés par la personne publique à compter de la livraison de l'ouvrage et pendant toute la (longue) durée du bail ou de l'AOT.

Contrat de partenariat « classique » ou montage « aller-retour », un sujet d'anxiété animait les groupements et, derrière eux, les établissements bancaires : si le contrat devait disparaître, à raison de son annulation ou de sa résiliation, est-ce que la personne publique serait tenue de les indemniser, non pas seulement à raison de la dette mobilisée pour la réalisation des investissements, mais également à raison des frais financiers qui entourent cette dette (intérêts, pénalités de rupture anticipée des contrats de crédit...) ? La question se posait clairement : si la part de la dette qui n'avait pas encore été remboursée pouvait aisément être analysée comme une dépense utile (puisqu'elle avait servi immédiatement à la construction de l'ouvrage), il était en revanche plus délicat de retenir cette conclusion pour les frais financiers associés.

Pour neutraliser quelque peu cette source d'anxiété, on sait que la pratique a introduit différents dispositifs : les accords directs ou autres conventions tripartites, ainsi que les accords autonomes, conclus concomitamment au contrat de partenariat par l'acheteur public, le titulaire du contrat de partenariat et les prêteurs, et ce pour sécuriser les indemnités dues par l'acheteur public aux banques, en cas d'annulation ou de résiliation du contrat.

C'est précisément pour réduire les réticences des établissements bancaires face à ces montages très exposés aux recours contentieux que le Code de la commande publique règle aujourd'hui le sort de l'indemnisation des frais financiers des contrats de partenariat – les montages « aller-retour » étant désormais prohibés^[2].

Une indemnisation des frais financiers aujourd'hui prévue par le Code de la commande publique

Conscient des difficultés que pouvait engendrer l'absence de réglementation en la matière, le législateur s'est en effet saisi de la réforme de la commande publique pour introduire à l'article 89 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, ensuite codifié aux articles L. 2235-1 et suivants du Code de la commande publique, un principe d'indemnisation des frais financiers en cas « d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, faisant suite au recours d'un tiers ».

L'article L. 2235-2 du Code de la commande publique dispose plus précisément que « parmi les dépenses mentionnées à l'article L. 2235-1 figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat, y compris, le cas échéant, les coûts pour le titulaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat ». Dans un souci de protection de la personne publique, cette indemnisation est toutefois subordonnée à l'inscription dans le contrat de partenariat ou ses annexes des principales caractéristiques attachées à ce financement.

La fin d'un débat sur l'indemnisation des frais financiers

Le sujet demeurerait toutefois entier pour ceux des contrats conclus avant l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée.

Le débat que le Conseil d'Etat a dû trancher se pose en des termes clairs : l'indemnisation des frais financiers attachés aux contrats de partenariats et autres montages de même nature devait-elle être traitée comme en matière de marché public ou au contraire comme en matière de concession ?

[2] CGCT, art. L. 1311-2.

Malgré une jurisprudence que certains auteurs estiment ou estimaient fluctuantes⁽³⁾, la règle est en matière de concession l'indemnisation des frais financiers. Le cocontractant est ainsi fondé à solliciter une indemnisation du « déficit qu'il a, le cas échéant, supporté à raison de cette exploitation, compte tenu notamment des dotations aux amortissements et des frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements, pour autant qu'il soit établi, au besoin après expertise, que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale »⁽⁴⁾. À l'inverse, le cocontractant de la personne publique n'est pas, en matière de marché public, fondé à solliciter au titre des dépenses utiles à la collectivité les frais financiers qu'il supporte à raison du marché⁽⁵⁾.

Choisir le raisonnement attaché à l'une ou à l'autre de ces formes contractuelles emporte donc des conséquences immédiates importantes.

Pour certains auteurs, rien ne faisait obstacle à ce que la solution retenue pour les concessions soit étendue aux contrats de partenariat⁽⁶⁾. Le tribunal administratif de Bordeaux l'avait du reste expressément admis⁽⁷⁾.

Et il y a une logique à cela : tout comme les concessions, les contrats de partenariat sont des contrats qui mettent à la charge du titulaire une prestation de financement des investissements « commandés », si bien qu'il est légitime pour un opérateur d'être indemnisé à raison des frais financiers qu'il a dû supporter pour les besoins de ce financement.

Pour autant, il demeure que, juridiquement, le contrat de partenariat est, et a toujours été, un marché plutôt qu'une concession, puisque le titulaire est directement rémunéré par l'acheteur public⁽⁸⁾.

La décision du Conseil d'État met donc un terme à ce débat en reconnaissant expressément que, tout comme en matière de concession, les frais financiers portés par le titulaire d'un contrat de partenariat ou autres montages complexes renfermant des caractéristiques identiques peuvent être indemnisés.

Il a jugé que « dans le cas d'un contrat, tel qu'un contrat de partenariat, par lequel la personne publique confie au cocontractant la construction d'un ouvrage et le financement de cette opération, en échange de droits réels sur cet ouvrage pendant une période au terme de laquelle cette personne publique devient propriétaire de

l'ouvrage, les dépenses utiles incluent, dès lors que la personne publique a fait le choix de faire financer par le cocontractant l'investissement requis, et dans la limite du coût normal d'une telle opération, les frais financiers découlant, en cas de résiliation du contrat, du remboursement anticipé de cet emprunt et des intérêts versés au titre de cet emprunt entre la date de la résiliation et la date à laquelle la personne publique a remboursé au cocontractant la valeur utile de l'ouvrage concerné ».

Bien qu'elle n'emporte d'effets que pour les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015, la décision du Conseil d'État apporte par ailleurs de précieuses précisions sur la portée du principe d'indemnisation, c'est-à-dire sur ce que recouvre précisément la notion de frais financiers, et sur leur prise en compte *ratione temporis*.

Un droit à indemnisation reconnu mais dont les contours exacts restent à clarifier

Plus qu'une simple reconnaissance de principe du droit pour le cocontractant de la personne publique à être indemnisé des frais financiers, le Conseil d'État a en effet apporté de précieuses précisions concernant les coûts qui peuvent effectivement être pris en compte au titre des « frais financiers », tant d'un point de vue matériel que temporel. Mais il demeure des sujets.

Un droit à être indemnisé des frais financiers précisés

Comme de nombreux auteurs l'appelaient de leurs vœux, c'est bien en considération de ce que le contrat de partenariat met à la charge du titulaire du marché de soulever le financement nécessaire à la réalisation de l'équipement commandé que le Conseil d'État a admis au nombre des dépenses utiles indemnisables les frais financiers supportés par le cocontractant de la personne publique.

Les premières esquisses d'un tel raisonnement avaient été posées quelques années plus tôt par Bertrand Dacosta⁽⁹⁾ puis par Gilles Pellissier dans ses conclusions sur la décision GSN-DSP⁽¹⁰⁾ où il indiquait, après avoir rappelé la dichotomie existante entre marché public et concession, que « au-delà des catégories contractuelles, ce qui apparaît déterminant pour l'indemnisation des frais financiers au titre des dépenses utiles est la nécessité de l'emprunt qu'ils financent pour l'exécu-

(3) L. Folliot-Lalliot, « Responsabilité contractuelle », *JurisClasseur Collectivités territoriales*, fasc. 942.

(4) CE 16 novembre 2005, MM. Auguste, req. n° 262360 ; CE 7 décembre 2012, Commune de Castres, req. n° 351752 ; CE 9 mars 2018, Société GSN-DSP, req. n° 406669.

(5) CE 10 avril 2008, Société Decaux, req. n° 244950.

(6) F. Tenailleau, « Contrats de partenariat », *JurisClasseur Collectivités territoriales*, fasc. 758.

(7) TA Bordeaux 19 décembre 2012, Rouveyre, req. n° 1105079.

(8) Directive 2004/18 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

(9) B. Dacosta, « Les conséquences de la nullité du contrat sur le droit à indemnisation de l'entreprise », *JCPA* n° 19-20, 5 mai 2008, 2116.

(10) CE 9 mars 2018, Société GSN-DSP, req. n° 406669.

tion des prestations dont a bénéficié la collectivité et le caractère raisonnable de leur taux »⁽¹¹⁾.

Et c'est dans la droite ligne de ces conclusions que Laurent Cytermann a proposé au Conseil d'État d'admettre l'indemnisation des frais financiers du contrat de partenariat, soulignant au passage que ces contrats qui mettent à la charge de leur titulaire une mission de financement de l'ouvrage, s'éloignent par trop de la logique qui guide les marchés publics⁽¹²⁾, justifiant qu'un raisonnement différent soit retenu.

Mais la décision est au-delà intéressante en ce qu'elle renseigne sur la portée de ce principe d'un droit à l'indemnisation des frais financiers. Le Conseil d'État consacre une indemnisation du coût du remboursement anticipé des emprunts souscrits pour permettre l'exécution du contrat. Il considère également que doivent être analysés comme des dépenses utiles ceux des intérêts versés au titre de l'emprunt et qui restent à courir entre la résiliation du contrat de partenariat et la résiliation des contrats de financements, c'est-à-dire les intérêts attachés aux coûts de portage de l'opération.

L'indemnisation de ces coûts ne relevait pourtant pas de l'évidence dès lors qu'ils ne sont apparus que postérieurement à la résiliation du contrat : c'est vrai des coûts de résiliation anticipée des contrats financiers, qui par définition ne naissent qu'une fois la décision de résiliation du contrat de partenariat prise, mais c'était également le cas ici des intérêts d'emprunt qui ont continué à courir entre la résiliation du contrat de partenariat en 2006 et la résiliation des contrats de financement en 2013, le titulaire ayant attendu d'être certain de ce que la résiliation du contrat de partenariat ne serait pas remise en cause par les juridictions administratives pour résilier les contrats de financement⁽¹³⁾.

Mais il y avait une logique à reconnaître l'indemnisation de tels coûts : outre qu'ils n'auraient sans doute pas existé si la collectivité n'avait pas imposé au titulaire du contrat de financer l'ouvrage, ces coûts résultent en tout état de cause d'un fait générateur né au moment de la conclusion du contrat de partenariat : la souscription de l'emprunt au moment de la conclusion du contrat, pour les seuls besoins de l'exécution de ce contrat.

Le Conseil d'État ne cantonne donc pas les frais financiers indemnifiables à ceux qui seraient nés au moment de la conclusion du contrat ou pendant son exécution, mais l'étend à ceux qui, bien que nés postérieurement à

la résiliation du contrat, prennent toutefois leur source dans un fait né de la conclusion ou de l'exécution du contrat.

Précieuse de ce point de vue, la décision du Conseil d'État soulève toutefois quelques interrogations, et ne lève par ailleurs pas tous les doutes qui entourent l'indemnisation de tels frais.

Une indemnisation dont les contours restent encore à préciser

La première des interrogations que soulève la décision du Conseil d'État est attachée à la limite que ce dernier pose dans son considérant de principe. Les coûts de financement ne sont en effet indemnisés que dans la « limite du coût normal d'une telle opération ».

Faut-il ainsi comprendre que les frais financiers ne seront pris en charge que dans la mesure où les conditions dans lesquelles ils ont été conclus (taux, pénalités de remboursement anticipé...) sont équivalentes à celles qui existaient sur le marché lors de la conclusion du contrat ? Ou faut-il à l'inverse considérer que seuls ceux des coûts qui auraient été supportés par la collectivité si elle avait directement conclu l'opération de financement pourront être indemnisés dans ce cadre ?

L'interrogation est permise dès lors que les jurisprudences antérieures ont par le passé fluctué. Par une décision de 2012, le Conseil d'État avait en effet subordonné l'indemnisation des frais financiers d'une concession résiliée à la circonstance que « le coût de financement de ce déficit (soit) équivalent à celui qu'aurait supporté ou fait supporter aux usagers le délégant »⁽¹⁴⁾ ; mention qui n'est donc pas reprise dans ces termes.

Il n'est pas absurde de penser que c'est la première solution qui devrait prévaloir.

Le débat reste toutefois ouvert, et la doctrine ne semble pour l'heure pas d'accord sur la lecture qu'il convient de faire de cette limite. Certains auteurs pensent que les frais financiers indemnifiables restent cantonnés aux frais qu'auraient supportés la collectivité⁽¹⁵⁾ tandis que d'autres font référence aux « pratiques observées sur le marché »⁽¹⁶⁾.

Par ailleurs, le Conseil d'État ne se prononce pas sur les conséquences que pourraient avoir une faute du titulaire du contrat qui emporterait une augmentation significative des frais financiers. Il s'agissait ici de la résiliation tardive des contrats de financement (plus de huit ans après la résiliation du contrat de partenariat) ; résiliation tardive qui n'a pas été regardée comme tardive, le titu-

[11] G. Pellissier, « Le titulaire d'un contrat de concession annulé dont l'exécution aurait été déficitaire a-t-il le droit à l'indemnisation des dépenses exposées sur le fondement de la responsabilité quasi délictuelle de l'administration », *BJCP* juillet-août 2018, 119.

[12] L. Cytermann, conclusions sur la décision CE 9 juin 2020, précitées, publiées sur *ArianeWeb*.

[13] Le titulaire avait contesté la délibération par la voie de laquelle la commune a résilié les deux contrats formant le montage « aller-retour » et introduit un recours en reprise des relations contractuelles qui s'est soldé par un rejet de ses demandes (CE 1^{er} octobre 2013, Société Espace Habitat Construction, req. n° 349099).

[14] CE, 7 décembre 2012, Commune de Castres, précité.

[15] H. Hoepffner, « Indemnisation des frais financiers à la suite de la résiliation d'un contrat de partenariat », *Contrats et Marchés publics*, n° 8-9, août 2020, comm.230.

[16] Fin Infra, « Le conseil d'Etat vient de clarifier le montant de l'indemnisation due au titulaire d'un contrat public avec financement », site internet du ministère de l'Économie et des Finances.

laire attendant seulement une décision juridictionnelle sur la validité de la résiliation du contrat. Le rapporteur public soulignait toutefois qu'une telle question était particulièrement complexe à résoudre. Et il faudra sans doute attendre des précisions sur ce point dans l'avenir.

Une dernière question vient à l'esprit, celle de l'étendue précise des frais financiers indemnifiables. Qu'on pense notamment aux frais de rupture des instruments de couverture (frais de rupture du SWAP de taux). Si l'on suit le raisonnement retenu par le Conseil d'État, il faudrait sans doute considérer que ces frais seront également regardés comme des dépenses utiles dès lors que ces instruments (un taux fixe) ont été sollicités par la personne publique au même titre que le financement de

l'ouvrage. Certains auteurs n'imaginent du reste pas que de tels frais ne soient pas inclus dans les frais financiers indemnifiables⁽¹⁷⁾.

La décision du Conseil d'État n'est donc ni surprenante, ni révolutionnaire puisqu'elle s'inscrit dans la continuité de la réforme de la commande publique, mais elle vient assurément apporter de la sécurité dans un univers marqué par des précautions souvent extrêmes de la part des prêteurs.

(17) F. Tenailleau et S. Weill « Les marchés de partenariat », *JCPA* n° 41, 12 octobre 2015, 2292.