

Partenariat public-privé - Indemnisation des frais financiers à la suite de la résiliation d'un contrat de partenariat - Commentaire par Hélène HOEPFFNER

Document: Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2020, comm. 230

Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2020, comm. 230

Indemnisation des frais financiers à la suite de la résiliation d'un contrat de partenariat

Commentaire par Hélène HOEPFFNER

Partenariat public-privé

[Accès au sommaire](#)

Solution. – Le titulaire d'un contrat de partenariat résilié par l'Administration peut prétendre, sur le fondement de l'enrichissement sans cause, au remboursement des dépenses utiles à la collectivité publique parmi lesquelles figurent les frais financiers qu'il a engagés.

Impact. – Cette solution se distingue de celle retenue pour les marchés publics classiques mais est identique à celle retenue pour les concessions de service public.

CE, 9 juin 2020, n° 420282, Sté Espace Habitat Construction : JurisData n° 2020-008986

Note :

Le présent arrêt est l'épilogue d'un contentieux déjà commenté dans cette revue (*CE, 1er oct. 2013, n° 349099, Sté Espace Habitat Construction : JurisData n° 2013-021404 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 322, note P. Devillers ; BJCP 2014, p. 32, concl. V. Daumas*). Rappelons les faits. En 1986, la SA HLM du personnel de la préfecture de police (aux droits de laquelle est venue la société Espace Habitat Construction) a donné à bail à la commune d'Ozoir-la-Ferrière la résidence pour personnes âgées qu'elle devait édifier sur un terrain communal. Puis la commune a consenti à cette société des droits réels sur cet immeuble pour une durée de 55 ans et a confié sa gestion à une association en prévoyant qu'il reviendrait à la commune à l'expiration de ce délai. Vingt ans plus tard, la commune a résilié les deux contrats afin de reprendre en régie la gestion de la maison de retraite.

Dans un premier temps, la société EHC a contesté cette décision. Cela a conduit à la décision du 1er octobre 2013(*préc.*) confirmant le rejet de sa demande d'annulation et l'impossible reprise des relations contractuelles au motif que les contrats étaient entachés d'irrégularités qui justifieraient leur résiliation ou leur annulation dans le cadre d'une action en contestation de validité du contrat (recours Béziers I) : elles attribuaient illégalement des droits réels sur le domaine public et comportaient une clause par laquelle la commune renonçait illégalement à son pouvoir de résiliation unilatérale.

Dans un second temps, la commune ayant refusé de l'indemniser des préjudices subis en raison de ladite résiliation, la société EHC a exercé un recours indemnitaire. Après avoir rejeté sa requête fondée sur les terrains

contractuel et quasi délictuel, le tribunal administratif de Melun, après avoir fait évaluer les dépenses utiles à la commune susceptibles d'être indemnisées sur le terrain quasi contractuel, a condamné la commune à verser à cette société une somme de 2 664 827 € incluant notamment des frais financiers correspondant au coût du remboursement anticipé des emprunts souscrits par la société EHC et aux intérêts d'emprunt versés par cette société entre la date de la résiliation des contrats et la date du remboursement anticipé de l'emprunt. Cette indemnité ayant été réduite, en appel, à 1 293 498 € à la suite de l'exclusion des frais financiers de la liste des dépenses utiles, la société EHC se pourvoit en cassation.

Aux termes d'une jurisprudence constante, il est admis que le cocontractant de l'Administration dont le contrat est annulé peut prétendre à une indemnisation comprenant, sur le terrain de la responsabilité quasi-contractuelle (*CE, sect., 20 oct. 2000, n° 196553, Sté Citicable Est : JurisData n° 2000-061173*), le remboursement des dépenses qui ont été utiles à la collectivité et, lorsque l'annulation résulte d'une faute de l'Administration (*CE, 26 mars 2008, n° 270772, Spie Batignolles : JurisData n° 2008-073403 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 93, note G. Eckert*), sur le terrain de la responsabilité quasi délictuelle, la réparation du dommage imputable à cette faute qui inclut la perte de bénéfice (*CE, 6 oct. 2017, n° 395268, Sté Cegelec Perpignan : JurisData n° 2017-019412 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 285, note M. Ubaud-Bergeron ; BJCP 2018, p. 61, concl. O. Henrard*).

Ce qui, en revanche, est débattu depuis une quinzaine d'années est de savoir si les frais financiers font partie des dépenses utiles indemnisables sur le terrain de l'enrichissement sans cause. La réponse à cette question dépend de la nature du contrat en cause.

Lorsqu'il s'agit d'une concession de service public, il est admis que le concessionnaire a droit à l'indemnisation du déficit qu'il a supporté à raison de l'exploitation compte tenu notamment « des dotations aux amortissements et des frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements » (*CE, 16 nov. 2005, n° 262360, Cne Nogent-sur-Marne : JurisData n° 2005-069224 ; Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 46, note E. Delacour*). Il a été précisé qu'il pouvait être indemnisé des « frais financiers correspondant au coût d'immobilisation des capitaux » (*CE, 7 déc. 2012, n° 351752, Cne Castres : JurisData n° 2012-028740 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 43, note S. Batot*) mais que la prise en compte du coût de financement du déficit d'exploitation était subordonnée à la condition qu'il soit équivalent à celui qu'aurait supporté ou fait supporter aux usagers le délégant (*CE, 9 mars 2018, n° 406669, Sté GSN-DSP : JurisData n° 2018-003167 ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 119, note G. Eckert*).

Lorsqu'il s'agit d'un marché public, il a été jugé, de façon critiquée (*N. Symchowicz et Ph. Proot, Développements jurisprudentiels autour de la nullité des contrats publics : BJCP 2008, p. 150. – J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau, Les conséquences indemnitaires de la nullité des contrats administratifs : la morale et l'équité : AJDA 2008, p. 1092*), que les frais financiers engagés par le titulaire pour assurer l'exécution du contrat ne pouvaient pas être considérés comme des dépenses utiles à la collectivité (*CE, sect., 10 avr. 2008, n° 244950, Sté Decaux : JurisData n° 2008-073381 ; Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 128, note J.-P. Pietri ; BJCP 2008, p. 280, concl. B. Dacosta ; Dr. adm. 2008, comm. 78, note F. Melleray*).

La jurisprudence ne s'était en revanche pas prononcée sur cette question lorsque le contrat annulé était un contrat de partenariat au sens de l'ordonnance du 17 juin 2004 ou un contrat antérieur à cette ordonnance ayant un objet identique (comme celui en cause en l'espèce). Certes, un tel contrat appartient à la catégorie des marchés publics. Mais il se caractérise par son objet qui est de confier à un opérateur économique « une mission globale » incluant la construction d'un ouvrage et « tout ou partie de son financement » (*CCP, art. L. 1112-1*). On pouvait donc hésiter

entre lui appliquer la solution retenue pour les marchés publics ou celle retenue pour les concessions. Avant l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (*art. 89*), la jurisprudence n'était pas fixée. La logique financière des contrats de partenariat invitait toutefois à ne pas retenir la solution de l'arrêt Decaux. Dans le cadre d'un marché public classique en effet, la collectivité publique achète uniquement un ouvrage, des fournitures ou des services auprès d'un entrepreneur qui, le cas échéant, contractera un emprunt pour parvenir à fournir sa prestation. Dans le cadre d'un contrat de partenariat en revanche, le financement de l'ouvrage ou de la prestation fait partie de la commande : il présente donc une utilité pour la collectivité publique. Cela explique que l'ordonnance de 2015, désormais codifiée dans le Code de la commande publique, ait prévu qu'en cas d'annulation ou de résiliation d'un marché de partenariat, son titulaire puisse prétendre à l'indemnisation « des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'acheteur » parmi lesquelles 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* » (*CCP, art. L. 2235-2*). Il n'est donc guère étonnant que dans l'arrêt du 9 juin, relatif à un montage contractuel conclu en 1986, comparable à un marché de partenariat, le Conseil d'État juge, dans un considérant de principe, que « 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 co-contractant la valeur utile de l'ouvrage concerné » (*pt 3*). Il annule, par voie de conséquence, l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Paris qui, par principe, avait exclu les frais financiers des dépenses utiles (*pt 4*).

Si cette solution ne prête guère à discussion quant aux « frais afférents aux emprunts contractés pour financer les investissements » dont on perçoit bien l'utilité pour la collectivité, elle pouvait soulever plus d'hésitation quant aux frais exposés après la résiliation (pénalités de remboursement anticipé de l'emprunt), même si l'ordonnance de 2015 et le Code de la commande publique les a expressément qualifiés de dépenses utiles. En réalité, ces frais se rattachent eux aussi à l'emprunt souscrit par le partenaire pour financer l'investissement utile à la collectivité : ils font donc partie du coût global de l'emprunt. Leur remboursement connaît toutefois une limite : les frais financiers remboursés ne peuvent pas excéder ceux qu'aurait supporté la collectivité si elle avait elle-même emprunté.

Mots clés : Marché de partenariat. - Frais financiers

.. **Encyclopédies** : Contrats et marchés publics, fasc. 646

© LexisNexis SA