

Lexbase Hebdo édition publique n°418 du 2 juin 2016

[Partenariat public-privé] Jurisprudence

Des précisions apportées par le Conseil d'Etat en matière de recours contre les actes détachables du contrat de partenariat

N° Lexbase : N2926BWB



par Julie Abrassart, Avocate au barreau de Paris, Cabinet A&M Avocats

Réf. : CE 2° et 7° s-s-r., 11 mai 2016, n° 383 768, 383 769, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A6835RNH)

Le Conseil d'Etat a rendu le 11 mai 2016 une décision au terme de laquelle une information insuffisante des conseillers municipaux sur le "coût prévisionnel global" du contrat justifie l'annulation de la délibération autorisant la signature d'un contrat de partenariat. Cette décision relative au Grand Stade de Bordeaux permet d'apporter des éclaircissements non seulement sur ce point, mais également sur la nature accessoire de l'accord autonome.

Dans le cadre de la passation et de l'exécution d'un contrat de partenariat (ou, plus généralement de montages complexes sous maîtrise d'ouvrage privée) sont particulièrement sensibles pour la réussite du projet : la régularité de la procédure et le financement de l'opération.

La Haute juridiction apporte des éléments importants sur ces deux points, lesquels pourront servir de base de raisonnement pour les marchés de partenariat et autres opérations complexes puisque, depuis le 23 juillet 2015, il ne peut plus être lancé de procédure de contrat de partenariat sur le fondement de l'ordonnance de 2004 (1).

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur la légalité d'une délibération du conseil municipal de la ville de Bordeaux approuvant les termes du contrat de partenariat fondée sur l'insuffisance d'information délivrée aux conseillers municipaux, et plus précisément sur la notion de coût global prévisionnel.

Le requérant attaquait également une délibération du même jour autorisant le maire à signer l'accord autonome en invoquant :

- premièrement, l'absence, dans les documents adressés aux élus, de mention concernant l'identité de l'établissement financier mandataire des établissements bancaires, parties au contrat ;
- deuxièmement, une atteinte à l'égalité de traitement et de transparence lors de la passation de ce contrat ;
- troisièmement, l'absence des mentions obligatoires prévues par l'article L. 1414-12 du Code général des collectivités territoriales alors en vigueur (N° Lexbase : L1895IBS) applicables aux contrats de partenariat ;
- enfin, le caractère disproportionné du droit à indemnité du titulaire en cas de résiliation.

Il est à noter que, depuis 2007, les recours en excès de pouvoir basés uniquement sur la légalité de la délibération et non sur la validité du contrat lui-même deviennent moins fréquents. C'est dans ce contexte que la Haute juridiction a eu à se prononcer sur la légalité non seulement de la délibération autorisant la signature du contrat (I), mais également sur celle autorisant la conclusion d'un accord autonome (II).

I — La modulation des effets de l'annulation d'une délibération autorisant la signature d'un contrat de partenariat

Dans un premier temps il convient de souligner que cette décision intervient alors que le Stade de Bordeaux Atlantique a été inauguré le 18 mai 2015, et que celui-ci s'apprête à accueillir les matchs de l'Euro de football d'ici quelques semaines.

Le contrat de partenariat est donc en phase d'exploitation à la date à laquelle le Conseil d'Etat se prononce sur les deux recours qui lui sont soumis.

Le Conseil d'Etat a pu légitimement considérer que le coût prévisionnel global, en moyenne annuelle, d'un contrat de partenariat s'apprécie au vu de l'ensemble des sommes versées par la personne publique au titulaire, peu importe que ces sommes soient directement ou non reliées à l'exécution de la prestation objet du contrat de partenariat. Le Conseil d'Etat a considéré que toute somme versée au titulaire par la collectivité et participant de la réalisation de l'opération ou de son financement doit être intégrée dans le coût prévisionnel global au sens des articles L. 1414-10 (N° Lexbase : L1579IE9) et D. 1414-4 (N° Lexbase : L3117HGK) du Code général des collectivités territoriales en vigueur à la date de la délibération attaquée.

L'intérêt de ce coût prévisionnel global est bien d'informer les élus des conséquences financières pour la collectivité de l'opération qui leur est soumise.

En l'espèce, le Conseil d'Etat a considéré que cette information est insuffisante et, que conformément à sa jurisprudence rendue en matière d'information des conseillers municipaux (2), elle a pour conséquence l'annulation de la délibération.

Reste à déterminer les conséquences d'une telle annulation.

Encore une fois, l'annulation prononcée vise la délibération autorisant la signature du contrat et non le contrat lui-même : il s'agit d'un contentieux de l'excès de pouvoir et non d'un plein contentieux. Les pouvoirs du juge sont donc différents. En effet, les recours exercés à l'encontre des délibérations du conseil municipal de la ville de Bordeaux du 24 octobre 2011 sont antérieurs à la décision par laquelle le Conseil d'Etat a étendu le recours en contestation de la validité du contrat aux tiers (3). A cette date, les conseillers municipaux disposaient du seul recours pour excès de pouvoir (4).

Ainsi, le Conseil d'Etat ne disposait pas du pouvoir d'annuler le contrat, comme il pouvait le faire lorsque le contentieux était initié dans le cadre d'un déféré préfectoral (5). Au surplus, une telle annulation aurait été complexe à mettre en œuvre du fait de l'achèvement du Stade, et de son exploitation.

Toutefois, le Conseil d'Etat a pris le soin de préciser que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement l'annulation de ce contrat. Dans une telle situation, le juge doit prendre en considération la nature de l'illégalité commise et l'intérêt général pour prononcer la mesure.

Ainsi, il est loisible au juge, en prenant en considération la gravité de l'illégalité commise et l'intérêt général, d'ordonner, soit la poursuite du contrat, soit une régularisation de la situation, si celle-ci est possible, soit enfin la résiliation du contrat.

C'est dans ce cadre que le Conseil d'Etat a fait usage de son pouvoir d'injonction et de son pouvoir de résilier le contrat (6), de façon à ce que l'annulation de la délibération autorisant la signature du contrat soit suivie d'effets

proportionnés à la gravité des faits ayant motivé l'annulation, ainsi qu'à la situation factuelle à la date de l'arrêt.

Ainsi, il appartient aujourd'hui à la ville de Bordeaux de choisir entre la régularisation de sa procédure et la résiliation du contrat. La résiliation du contrat laisse la ville propriétaire du Stade, avec des indemnités à régler au titulaire et/ou à la banque, dans les conditions fixées par la convention autonome.

II — La validité de la délibération autorisant le maire à signer l'accord autonome

L'"accord autonome" a pour objet de préciser par anticipation les conséquences de la résiliation du contrat de partenariat, et ainsi garantir non seulement le financement du projet, mais surtout sa continuité.

Il s'agit d'une convention tripartite conclue entre la collectivité, le titulaire et l'établissement financier.

1 - Le Conseil d'Etat a rejeté le moyen relatif à l'information des conseillers municipaux en estimant que, dans le cadre d'une délibération portant sur l'autorisation de signature d'un contrat autonome, il n'y a pas lieu de communiquer aux conseillers municipaux l'identité d'un mandataire des établissements participant à l'opération, une information sur l'identité des établissements, parties au contrat est suffisante.

2 - Si la nature de l'accord autonome a fait débat, il semble que le Conseil d'Etat, dans sa décision du 11 mai 2016, s'oppose à la position de la Cour de cassation et considère la nature administrative de l'accord autonome (7).

Le Conseil d'Etat précise que si cette convention est un accessoire du contrat de partenariat, pour autant, elle contient des obligations indépendantes de celles nées du contrat de partenariat. Il en conclut que l'accord autonome n'est pas un contrat de la commande publique soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Si le Conseil d'Etat précise qu'il s'agit d'un contrat administratif non soumis aux règles de la commande publique, il n'en précise pas ici le régime. L'accord autonome est donc bien un contrat *sui generis*.

3 - Le Conseil d'Etat se contente de préciser que l'accord autonome ne constitue pas un contrat de partenariat.

En effet, la distinction n'est pas anodine. Rappelons que l'accord autonome est intimement attaché à un contrat de partenariat, il convient donc de bien le distinguer du contrat de partenariat auquel il est attaché.

Le Conseil d'Etat considère que les conditions de validité de l'accord autonome sont différentes de celles du contrat auquel il est rattaché. En conséquence, il n'a pas à comporter l'ensemble des clauses prévues par l'article L. 1414-12 du Code général des collectivités territoriales.

Le Conseil d'Etat ne revient pas, non plus, sur le caractère éventuellement transactionnel de l'accord autonome. Cette qualification ne saurait être retenue puisque, par définition, une transaction ne peut intervenir que lorsqu'un différend est né : elle ne peut être conclue antérieurement à l'existence du différend (en l'occurrence l'annulation ou la résiliation).

4 - En conférant au contrat un caractère administratif, la Haute juridiction s'octroie la possibilité d'en analyser le contenu et considère qu'il répond aux règles habituelles d'indemnisation en la matière. Elle rappelle que de telles clauses sont valables sous réserve qu'il n'en résulte pas "*une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant pour le titulaire du contrat, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé*".

L'indemnisation prévue sur la base de l'ensemble des dépenses utiles à la réalisation du projet, en ce compris les frais financiers n'est pas disproportionnée, ni de nature à constituer une libéralité illégale.

En complément, le titulaire doit être indemnisé de son préjudice dès lors que son préjudice découle de l'illégalité.

Ainsi, ce contrat accessoire est-il véritablement autonome plus qu'accessoire : il ne suit pas le même régime au stade de la conclusion, et n'est pas atteint par la nullité de la délibération autorisant la signature du contrat principal. On pourrait s'interroger sur la position du Conseil d'Etat en cas d'annulation du contrat de partenariat : l'accord autonome suivrait-il alors nécessairement le sort du contrat principal ? Ce serait dénier tout intérêt à l'accord autonome dont l'objet est notamment de régler les obligations des parties en cas d'annulation du contrat principal.

Si cet arrêt est bien entendu très intéressant, il faut noter qu'il intervient dans un contexte juridique un peu particulier. En effet, cet arrêt n'aura qu'une portée faible pour ce qui concerne l'annulation de la délibération autorisant la signature du contrat de partenariat puisque, désormais, non seulement les recours exercés contre ces délibérations

sont des recours de plein contentieux, mais, en outre, les contrats de partenariats ont été supplantés par les marchés de partenariat.

Pour autant, cette jurisprudence pourra être utilement transposée aux marchés de partenariat prévus par l'article 67 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, notamment pour ce qui concerne la décision relative à l'accord autonome.

Il est très vraisemblable que les Hautes juridictions, en ce compris le Tribunal des conflits, auront à nouveau à se prononcer sur la nature de "l'accord autonome" qui suscite encore des discussions quant à sa nature administrative ou privée, et à son caractère autonome ou accessoire, ainsi qu'aux conséquences qui en résultent.

(1) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics (N° Lexbase : [L9077KBS](#)), art. 102.

(2) CGCT, art. L. 2121-12 (N° Lexbase : [L3336KGN](#)). Les articles L. 1414-10 et D. 1414-4 du même code viennent décliner l'information spécifique des élus en matière de contrat de partenariat.

(3) CE, 4 avril 2014, n° 358 994 (N° Lexbase : [A6449MIP](#)).

(4) CE, 30 juillet 2014, n° 363 007 (N° Lexbase : [A7905MUC](#)).

(5) CE, 4 juillet 2012, n° 352 417 (N° Lexbase : [A4718IQS](#)).

(6) CE, 21 février 2011, n° 337 349 (N° Lexbase : [A7022GZ4](#)).

(7) Cass. civ. 1, 28 mai 2008, n° 07-17.648, FS-P+B (N° Lexbase : [A7906D8C](#)) : décision rendue sur une convention tripartite accessoire à un contrat de crédit-bail.