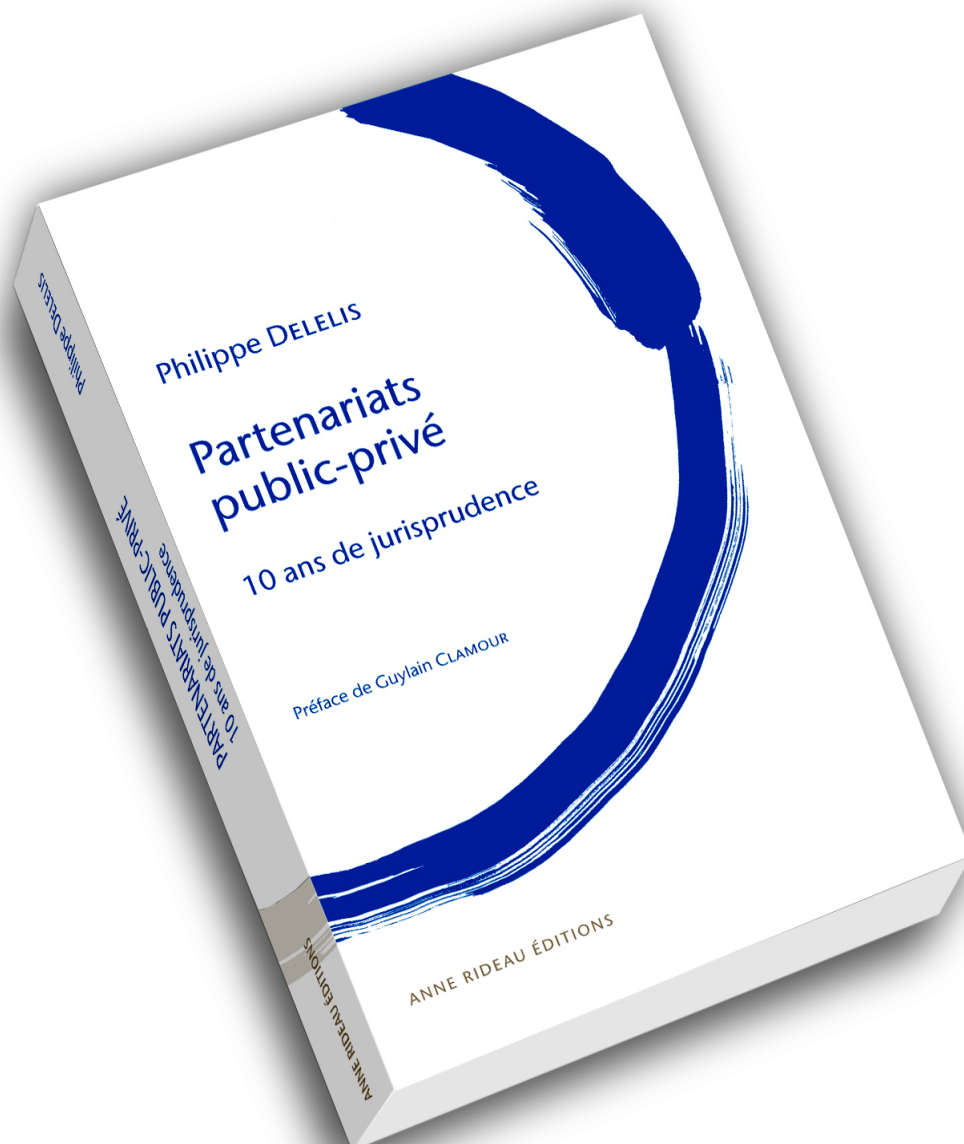


Le premier recueil de jurisprudence commentée sur les Partenariats public-privé



ANNE RIDEAU ÉDITIONS, 2014 - 140 x 210 mm – 220 pages – ISBN : 978-2-37028-014-5 - 35 € TTC  
En vente directement sur notre site [www.annerideau-editions.fr](http://www.annerideau-editions.fr) et en librairie

## Objet du livre

Le contrat de partenariat instauré par une ordonnance du 17 juin 2004 est rapidement devenu le principal vecteur des différentes formes de PPP. Dix ans après, ce premier recueil commenté de jurisprudence constitue pour les acteurs de la commande publique, les industriels, les banques et les investisseurs un précieux outil de travail.

Dans un style libre, fort incisif et non sans humour, l'auteur livre ici une interprétation très pratique des solutions retenues, tout en les replaçant dans le cadre plus général des évolutions du contrat administratif de ces dernières années.

## Préface de Guylain Clamour, Professeur agrégé des Facultés de droit (*extraits*)

*« (...) Si la jurisprudence en la matière se compose d'un nombre limité de décisions, sa mise en perspective conduit à mettre en lumière, de manière tout à la fois pratique et doctrinale, les enjeux que connaît le droit des contrats publics d'affaires dès lors que le juriste commentateur ne s'apparente pas, même malgré lui, au sophiste Protagoras.*

*Tel est tout l'apport du Recueil élaboré par Philippe Delelis qui, au sel des remarques, ajoute le souffle des idées nourries de l'expérience et éclairées par la grande culture qu'on lui connaît. (...)*

*Épanadiplose du Recueil, la critique de l'inanité du caractère dérogatoire au droit commun de la commande publique du contrat de partenariat et celle de « la subjectivité et l'illogisme des conditions » permettant d'y recourir offrent, alors que les conditions de contestation contentieuse des contrats ne cessent de se resserrer, d'utiles pistes de réflexion pour replacer, lors de la grande refonte à venir, le PPP au sein d'un droit commun, au moins européen, de la commande publique. (...)*

*Sur cet aspect fondamental comme sur bien d'autres, parfois plus techniques, la recension et la fine analyse de Philippe Delelis livrent ainsi de précieux enseignements sur la brève histoire des contrats de partenariat, c'est-à-dire tout autant sur la mécanique juridique qui leur est propre que sur les enjeux non seulement juridiques mais aussi politiques qui irriguent bien plus largement la dynamique des PPP dont l'histoire, elle, est tout sauf brève. (...) »*

## Contenu du livre (Introduction générale de Philippe Delelis, *extraits*)

(...) Il semble que personne – sauf quelques décideurs courageux – ne veuille vraiment du cercle vertueux du PPP : un seul titulaire responsable de la conception, de la construction, de la maintenance et du financement pouvant donc s'engager sur un coût global de possession de long terme. Trop d'intérêts catégoriels en jeu, trop de conservatisme et, à l'origine, une décision du Conseil Constitutionnel qui reste une énigme incompréhensible. (...)

Chaque jurisprudence est présentée en **cinq rubriques** :

Les mots-clés

Le résumé

La décision elle-même

La note de commentaire

Les autres publications auxquelles la décision a donné lieu.

(...) On sera peut-être (...) décontenancé par le style très libre de ces commentaires, que l'on pourrait trouver à la limite de l'impertinence. Mais on ne se refait pas : chaque fois qu'un acteur du procès administratif, fût-il juge, a confondu Chaïm Perelman, auteur d'une très intéressante *Logique Juridique*<sup>1</sup>, et Sidney Joseph Perelman, humoriste américain inspirateur de Woody Allen, il a bien fallu le signaler à l'attention du lecteur. »

## Table chronologique des décisions commentées

1. Cons. Const., 26 juin 2003, décision n° 2003-473 DC – Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit
2. CE, 29 oct. 2004, M. Jean-Pierre Sueur et autres, n° 269 814
3. CE Ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, n° 275 531
4. TA Nice, Ord., 30 août 2006, SA Traitement Industriel des Résidus Urbains, n° 0604196
5. TA Paris, 12 mars 2008, UNSA Education et autres, n° 0702363
6. Cons. Const., 24 juillet 2008, décision n° 2008-567 DC – Loi relative aux contrats de partenariat
7. TA Cergy-Pontoise, 5 mars 2009, Préfet de la Seine-Saint-Denis, n° 0809159
8. TA Pau, 16 février 2010, Association de défense contre le PPP de la Cité du Surf, n° 0700600
9. TA Montpellier, 26 février 2010, Mme Nicole Dillenschneider, n° 0803471
10. CE, 10 juin 2009, Sté Baudin Châteauneuf, n° 320037 (T.)
11. TA Rennes, Ord., 10 juin 2009, Société Altitude Infrastructure, n° 092250
12. TA Saint-Denis, 20 mai 2010, Syndicat autonome de la fonction publique territoriale, n° 1000097
13. CE, 23 juillet 2010, M. Jean-Pierre Lenoir et Syndicat national des entreprises du second œuvre du bâtiment, n° 326544
14. TA Clermont-Ferrand, Ord. 30 juillet 2010, Mme Sylvie Soulas Perrot et autres, n° 1001264
15. CE, 24 juin 2011, Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, n° 347720
16. CAA Bordeaux, 30 juin 2011, M. Jean-Paul X. et Association TRACE TRAM, n° 09BX01492
17. CAA Paris, 12 janvier 2012, Denis G. et autres, n° 10PA06066
18. CAA Bordeaux, 26 juillet 2012, M. Jean-Benoît Saint-Cricq, n° 10BX02109
19. TA Paris, 7 novembre 2012, Association Diderot Transparence, n° 1020288 3/2
20. TA Bordeaux, Ord., 19 décembre 2012, M. Rouveyre, n° 1105078 QPC
21. TA Nancy, 8 janvier 2013, M. Vincent Benoît, n° 1102240
22. CE, 3 juillet 2013, Sté Citelum, Sté Bouygues Energies et Services, n° 366847
23. CAA Lyon, 2 janvier 2014, Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne, n° 12LY02827
24. CAA Paris, Plén., 3 avril 2014, Association « La Justice dans la Cité » et autre, n° 13PA02769
25. CAA Bordeaux, 17 juin 2014, M. Rouveyre, n° 13BX00563
26. CAA Bordeaux, 17 juin 2014, M. Rouveyre, n° 13BX00564

## Exemple : Cour administrative d'appel de Bordeaux du 17 juin 2014 sur les accords autonomes

26

**CAA Bordeaux, 17 juin 2014, M. Rouveyre, n° 13BX00564**

*Où la portée des conventions tripartites est confirmée nonobstant leur caractère sui generis*

Stade de Bordeaux - 3

### Mots clés

Information des élus. Convention tripartite : nature, modalités de conclusion. Accord autonome. Transaction : non. Frais financiers. Créanciers financiers.

### Résumé

La circonstance que l'identité de l'agent des créanciers financiers n'ait pas été mentionnée dans le projet de convention tripartite soumis à l'approbation des élus est sans incidence sur leur consentement à la délibération.

La convention tripartite qui a pour objet de garantir la continuité du financement du projet, en cas de recours des tiers contre le contrat de partenariat et d'annulation ou de déclaration ou de constatation de nullité du contrat de partenariat par le juge met à la charge des parties signataires des obligations indépendantes de celles nées du contrat de partenariat dont elle constitue néanmoins un accessoire.

En conséquence, pour la conclusion de la convention tripartite, le pouvoir adjudicateur est soumis aux mêmes obligations d'égalité de traitement entre les candidats et de transparence que celles auxquelles est subordonnée la conclusion du contrat de partenariat.

La convention tripartite n'est pas une transaction.

Une indemnisation tenant compte non seulement des dépenses utiles mais aussi des frais financiers engagés ne constitue pas une libéralité.

### Décision

[...]

4. *Considérant qu'aucun texte législatif ou réglementaire ni aucun principe n'imposent de mentionner l'identité des cocontractants dans le projet de contrat figurant en annexe de la délibération autorisant le maire d'une commune à le signer dès lors que les membres du conseil municipal ont été informés de cette identité lors de l'adoption de la délibération*

(...)

6. *Considérant que la convention tripartite conclue notamment avec des établissements bancaires a pour objet de garantir la continuité du financement du projet, objet du contrat de partenariat, en cas de recours des tiers contre ce contrat ou l'un de ses actes détachables et d'annulation ou de déclaration ou de constatation de nullité du contrat de partenariat par le juge ; qu'elle met dès lors à la charge des parties signataires des obligations indépendantes de celles nées du contrat de partenariat conclu entre la commune de Bordeaux et la société Stade Bordeaux Atlantique ; que, par suite, cette convention ne constitue pas un contrat de partenariat visé par l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales ; qu'en conséquence, M. Rouveyre ne peut utilement faire valoir qu'auraient été méconnues les dispositions de cet article pour contester la légalité de la délibération attaquée, alors même que cette convention constitue l'accessoire du contrat de partenariat ; qu'en égard à son objet, la convention tripartite ne constitue pas davantage un marché public au sens du code des marchés publics et des directives européennes applicables ; que, par suite, pour contester la légalité de la délibération attaquée autorisant la signature de cette convention, M. Rouveyre ne peut pas utilement faire valoir qu'auraient été méconnues les obligations de mise en concurrence propres aux marchés publics, prévues par ces textes ; que de plus, il*

*ressort des pièces du dossier que la commune a fixé dès l'origine du projet en janvier 2010, soit avant le début de la procédure de publicité et de mise en concurrence du contrat de partenariat, le cadrage financier et les modalités essentielles de financement du projet, objet de ce contrat, et il n'est pas contesté que les trois groupements, qui ont vu leur candidature agréée, en ont été également informés au cours de la procédure de dialogue compétitif et ont été mis en mesure de proposer la conclusion d'une telle convention et d'évaluer les modalités de sa mise en œuvre pour la bonne exécution du contrat ; qu'ainsi, il n'est pas établi que le pouvoir adjudicateur aurait manqué, lors de la passation de cette convention, aux obligations d'égalité de traitement entre les candidats et de transparence auxquelles est subordonnée la conclusion du contrat de partenariat dont elle est l'accessoire ;*

(...)

8. *Considérant que la convention, dont la signature est autorisée par la délibération attaquée, a, ainsi qu'il a été dit précédemment, pour objet de garantir la continuité du financement du projet, objet du contrat de partenariat, en cas de recours de tiers à l'encontre de ce contrat ou de ses actes détachables ; qu'elle ne constitue donc pas une transaction au sens des dispositions de l'article 2044 du code civil ; que, par suite, M. Rouveyre ne peut utilement faire valoir qu'auraient été méconnues les dispositions de cet article ou le principe dont elles s'inspirent, pour contester la légalité de la délibération attaquée ; qu'en tout état de cause, en déterminant la garantie due par la commune de Bordeaux, en cas de recours des tiers contre le contrat de partenariat ou de l'un de ses actes détachables, sur la base de l'ensemble des dépenses utilement exposées par la société Stade Bordeaux Atlantique pour la bonne exécution du contrat de partenariat, y compris les frais financiers engagés, la convention en cause n'a pas pour effet de contraindre la personne publique à verser une libéralité prohibée par la règle d'ordre public invoquée par M. Rouveyre ;*

9. *Considérant que le fait qu'aucune stipulation de la convention n'envisage le cas où l'annulation ou la constatation de nullité du contrat de partenariat résulterait d'une faute ou de la mauvaise foi du Partenaire ne fait pas obstacle à ce que, dans une telle hypothèse, la commune de Bordeaux recherche, si elle s'y croit fondée, la responsabilité du Partenaire pour obtenir réparation des préjudices subis du fait de cette faute ;*

[...]

### **Note**

Cet arrêt est d'une importance considérable pour le financement des PPP sous toutes ses formes, qu'il s'agisse du contrat de partenariat, des concessions ou des montages complexes. Devant la multiplication des contentieux, l'habitude s'est prise de mettre à l'abri les prêteurs – et quelquefois les actionnaires – des sociétés de projet en cas d'annulation du contrat principal ou de l'acte d'acceptation de la cession de créance.

L'enjeu, si le contrat principal est annulé, est de disposer d'un cadre contractuel pour désintéresser les prêteurs. En effet, le cadre extra-contractuel de l'enrichissement sans cause offre trop peu de garanties et trop peu de visibilité pour les banques : les « dépenses utiles » ne couvrent pas toutes les dépenses exposées et il n'est pas concevable, pour les créanciers, de laisser le juge décider au cas par cas ce qui est utile et ce qui ne l'est pas.

(...)

### **Contrat administratif ou de droit privé**

Une première question sur cette convention est sa nature administrative, si elle est conçue comme un accessoire au contrat de partenariat, ou au contraire sa nature de droit privé si elle est conçue comme un accessoire du contrat de prêt, une pièce de la documentation de financement permettant la mise à disposition des fonds par les prêteurs.

Jusqu'à présent, la jurisprudence penchait en faveur de la qualification de contrat de droit privé. Le tribunal des conflits avait donné le « la » de cette jurisprudence en considérant qu'un contrat de crédit-bail permettant le financement d'une concession, contrat administratif, avait un objet purement financier et, dès lors, constituait un contrat de droit privé (TC, 21 mars 2005, n° 3446 *Sté Slibail Energie c/ Ville de Conflans-Ste-Honorine* : AJDA 2005, p. 1168, note J.-D. Dreyfus).

(...)

On a pu penser que cette jurisprudence s'appliquerait aux conventions tripartites ou accords autonomes conclus à l'occasion d'un contrat de partenariat : comme les

conventions précitées, ils ont un objet purement financier, ils n'ont pas les mêmes parties que ce contrat et portent des obligations autonomes. Pourtant, à la suite du TA de Bordeaux (19 déc. 2012, n° 1105079), la Cour retient l'administrativité de la convention tripartite. L'avenir (le Conseil d'État constituant, en l'espèce, l'avenir) dira si cette qualification doit être maintenue, si les tripartites des contrats de partenariat sont si particulières qu'elles méritent leur érection au rang de contrats administratifs ou même s'il y a lieu d'initier un revirement de jurisprudence plus général que le tribunal des conflits sera lui-même conduit à trancher à nouveau.

### ***Obligations indépendantes du contrat principal***

Pour retenir l'administrativité de la convention tripartite, l'arrêt, comme avant lui le jugement du TA le qualifie d'accessoire au contrat de partenariat mais énonce quand même qu'elle met « *à la charge des parties signataires des obligations indépendantes de celles nées du contrat de partenariat* ». Ceci est naturellement fondamental puisque, dans le cas contraire, la convention perdrait tout intérêt. Une affirmation contraire aurait compromis l'ensemble des financements privés des projets publics quel que soit le support contractuel (CP, DSP, concessions de travaux, BEA et montages contractuels complexes).

### ***Caractère non-transactionnel***

Avant l'arrêt de la CAA de Bordeaux, l'essentiel de la doctrine penchait pour une qualification en transaction (régie par les articles 2044 et suivants du Code civil) de la convention tripartite ou de l'acte autonome. En effet, une transaction peut régler les conséquences d'un litige « né ou à naître » et il est établi qu'une personne publique peut y recourir à la suite de la disparition d'un contrat administratif (CE, Avis, 6 déc. 2002, n° 249153, *District de L'Hay-les-Roses*). Cette « transaction anticipée » était donc concevable, cohérente de surcroît avec la nature administrative d'une transaction conclue pour régler les conséquences de la disparition d'un contrat administratif (même avis).

(...)

l'arrêt commenté affirme au contraire que la convention tripartite a « *pour objet de garantir la continuité du financement du projet, objet du contrat de partenariat, en cas de recours de tiers à l'encontre de ce contrat ou de ses actes détachables* ; qu'elle ne constitue donc pas une transaction au sens des dispositions de l'article 2044 du code civil ». La Cour ne prend pas la peine d'explicitier ce « donc » autrement qu'en rappelant l'objet du contrat, celui-là même qui avait fait pencher pour la solution inverse de qualification transactionnelle en première instance. À vrai dire, cette dernière n'était pas évidente : d'une part, les parties à la convention tripartite ne sont pas les mêmes que celles du contrat de partenariat (s'y ajoutent les créanciers financiers) et, d'autre part, le litige que la tripartite est censée régler par avance ne résultera certainement pas d'une des parties au contrat de partenariat.

(...)

### ***Inclusion des frais financiers dans la base de l'indemnisation***

La Cour valide également de façon expresse l'inclusion des frais financiers dans la base d'indemnisation des créanciers financiers prévue par la convention tripartite. Il s'agit de l'une des principales motivations pratiques de la conclusion d'un tel contrat, à la suite notamment de l'arrêt *Decaux* de 2008 qui avait exclu les frais financiers des dépenses utiles éligibles à une indemnisation sur la base de l'enrichissement sans cause (CE Sect., 10 avr. 2008, N° 244950, *Sté Decaux c/ Département des Alpes-Maritimes*). On avait fait observer à l'époque que le contrat en cause était un marché public, ne supposant pas de financement privé, et que le contexte très rare de faute du cocontractant dans la

passation du contrat, qui caractérisait cette espèce, ne permettait pas de généraliser la solution. Le Conseil d'État avait d'ailleurs saisi la première occasion pour valider l'inclusion des frais financiers dans la base d'indemnisation dans le cas d'un contrat public emportant financement privé, en l'occurrence une DSP : CE, 7 déc. 2012, n° 351752, *Cne Castres*.

La Cour de Bordeaux valide également cette inclusion dans le cas d'un contrat de partenariat, ce qui est logique mais méritait d'être inscrit dans le marbre : l'indemnisation des frais financiers (qui couvrent les intérêts courus et les frais annexes de dénouement des structures de financement à condition que ces derniers soient précisément définis dans le contrat de partenariat et la convention tripartite) ne contrevient pas au principe, soulevé par le requérant, d'interdiction des libéralités des personnes publiques (CE Sect., 19 mars 1971, n° 79962, *Sieurs Mergui*).

### ***Respect des règles de mise en concurrence***

Conséquence du caractère accessoire au contrat de partenariat de la convention tripartite, sa conclusion doit elle-même respecter les principes de la commande publique qui s'imposent au pouvoir adjudicateur. La Cour indique ainsi qu' « *il n'est pas établi que le pouvoir adjudicateur aurait manqué, lors de la passation de cette convention, aux obligations d'égalité de traitement entre les candidats et de transparence auxquelles est subordonnée la conclusion du contrat de partenariat dont elle est l'accessoire* ».

(...)

### **Publications**

*Sur le jugement du TA de Bordeaux ou avant celui-ci :*

S. Braconnier, *L'accord autonome dans les contrats de partenariat public-privé* : AJDA 2013, p. 529

L. Deruy, *Les accords autonomes*, in : *Financement & Contrats Publics*, Actes du Colloque de l'Université de Montpellier I du 19 avril 2013 : Éditions du CREAM, 2014, p. 171

A. Djemaoun, L. Laviolle, *L'accord autonome : une réponse aux réserves des banques à financer le contrat de partenariat* : BJCP n° 84/2012, p. 319

E. de Feynol, C. 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

E. Nigri, *Contrats de partenariats et accords autonomes : première remise en question ou fausse alerte ?* : Contrats Marchés publ., 2013, comm. 84

J. Verrier, *Quelle est la valeur d'un contrat accessoire fixant les modalités d'indemnisation en cas d'annulation du contrat principal ?* Note sous TA Bordeaux, 19 déc. 2012, M. Rouveyre, n° 1105079 : BJCP n° 87/2013, p. 95

## **L'Auteur**

[Philippe Delelis](#) est avocat au barreau de Paris et associé du cabinet Jones Day. Docteur en droit public, ancien élève de l'ENA, il enseigne le financement privé des projets publics à Sciences Po. Il concentre sa pratique sur le droit des contrats publics (marchés, concessions, contrats de partenariat, occupation du domaine) tant en conseil qu'en contentieux. Avant de rejoindre le barreau en 1998, il a travaillé près de 15 ans dans l'administration, à la direction du budget du ministère des finances et dans différents cabinets ministériels.

## Bibliographie sommaire

*Service fait et contrats publics*, in *Financement et contrats publics*, Éditions du CREAM, 2014

*Le financement obligataire des partenariats public-privé*, Mélanges Laurent Richer, LGDJ 2013, p. 589

*Partenariat public-public et public privé* : Anne Rideau Éditions, 2013, 126 p.

*Les biens édifiés par le titulaire d'un contrat de partenariat*, in *Contrats et Propriétés Publics* : Ed. LexisNexis, 2011, p. 225

*Contentieux des contrats publics. Les insuffisances des procédures de référé* : AJDA 2011, p. 320

*Contrat de partenariat et exploitation du service public. Huit questions et un appel à la raison* : AJDA 2010, p. 2244

*Partenariats public-privé. Guide des mauvaises pratiques* : Contrats et Marchés Publics, 2010, Prat. 10

*Patrimoine des personnes publiques et contrat de partenariat* : Droit et Patrimoine n° 179/2009, p. 86

*Le dialogue compétitif* : La Revue du Trésor, n° 3-4/2007, p. 279

## Entretien

### Pourquoi ce livre ?

**Philippe Delelis** : Pour un anniversaire : celui de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Moment idéal pour faire un bilan. Peu de décisions (dix fois moins que 10 ans après la loi Sapin), mais souvent intéressantes.

### Quelle est l'actualité du sujet ?

**Ph.D** : Le PPP souffre d'une mauvaise réputation injustifiée : le décryptage des décisions permet souvent de mettre à jour le faux procès derrière le vrai litige. Il était utile de disposer d'une synthèse jurisprudentielle au moment où le contrat de partenariat va être réformé. On peut faire le pari que les fondamentaux ne changeront pas. C'est un outil parmi d'autres mais contrairement à une idée reçue, souvent meilleur qu'un autre quand on regarde les ravages provoqués par la loi MOP sur les budgets publics.

### À qui est-il destiné ?

**Ph.D** : Tous les praticiens de la commande publique, et plus particulièrement les juristes, qu'ils se situent du côté des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices, d'une part, ou des cocontractants, d'autre part : industriels, investisseurs, banques et leurs conseils. Au-delà, tous ceux qui s'intéressent aux contrats administratifs, et au-delà encore tous ceux qui voudront découvrir comment on peut appréhender le droit en croisant René Descartes et Pierre Desproges.

### C'est-à-dire ?

**Ph.D** : Très souvent, les juristes confondent l'essentiel et l'accessoire, ce qui les conduit à des raisonnements confus et peu solides. Il faut en revenir à la logique élémentaire. Et il faut aussi prendre une distance critique avec les choses pour mieux les comprendre. Descartes et Desproges, la rigueur et l'ironie : l'esprit français.