

Fin Infra Le Conseil d'Etat vient clarifier le montant de l'indemnisation due au titulaire d'un contrat public avec financement

La question de l'indemnisation du cocontractant de l'administration en cas de nullité ou d'annulation du contrat public fait l'objet d'une attention toute particulière dans le secteur du financement de projet. La jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière a fixé le principe selon lequel, en cas de nullité ou d'annulation du contrat, le titulaire de celui-ci pouvait prétendre à être indemnisé, sur un terrain quasi-contractuel, des dépenses engagées par lui dans le cadre de l'exécution du contrat qui ont été utiles à la personne publique cocontractante¹.

Or, le champ de ces « dépenses utiles » n'est défini qu'au cas par cas. Des interrogations demeuraient sur le point de savoir si les coûts liés au financement des investissements dans le cadre du contrat font partie de ces dépenses. La jurisprudence étant rare sur le sujet ou plutôt réservée², cela a pu ainsi conduire à l'élaboration de divers mécanismes contractuels ayant pour objet de déterminer par avance et de manière certaine le montant de l'indemnisation due en cas d'annulation ou de nullité du contrat (lettre ou accord indemnitaire/autonome), puis à l'intervention des dispositions de l'article 89 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics modifiée par l'article 39 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique³ et de l'article 56 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession⁴ qui ont pu clarifier que l'ensemble des « *frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat y compris, le cas échéant, les coûts pour le concessionnaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat* » devaient être inclus dans les dépenses utiles. Lorsque ces dispositions sont applicables, l'inclusion des frais financiers dans les dépenses utiles a donc été actée pour l'avenir par ces dispositions.

¹ CE Sect., 10 avril 2008, *Société JC Decaux*, n°244950, Rec. p. 152.

² Voir notamment CE, 16 novembre 2005, *M. Auguste*, n°262360, Rec. p. 507 ; CE, 7 décembre 2012, *Commune de Castres*, n°351752 ; CE, 9 mars 2018, *Société GSN-DSP*, n°406669, mentionné aux Tables.

³ « I. - En cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge, le titulaire du marché de partenariat peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat, parmi lesquelles peuvent figurer les frais financiers liés au financement mis en place dans le cadre de la mission globale confiée au titulaire, à condition qu'elles aient été utiles à l'acheteur. Cette prise en compte des frais financiers est subordonnée à la mention, dans les annexes du marché de partenariat, des clauses liant le titulaire aux établissements bancaires. (...) ». Cet article est aujourd'hui codifié aux articles L. 2235-1 et L. 2235-2 du Code de la commande publique.

⁴ Ces dispositions ont été codifiées aux articles L. 3136-7 et L. 3136-8 du Code de la commande publique.

C'est dans ce contexte qu'est intervenue la décision *Société Espace Habitat Construction* du Conseil d'Etat⁵ dans laquelle ce dernier considère que, dans le cas d'un contrat résilié et entaché d'irrégularités de nature à justifier la contestation de sa validité, les frais financiers liés à la rupture des contrats de financement et les intérêts liés au coût de portage de l'indemnité due au cocontractant font partie des dépenses utiles. Cette décision semble donc marquer une clarification utile du droit commun par le Conseil d'Etat qui confirme l'inclusion des frais liés au montage financier dans les dépenses utiles qui appelle plusieurs remarques à ce stade.

Cette solution paraît applicable à tous les contrats publics qui font l'objet d'un financement privé. En effet, le montage en cause, en l'espèce, était un montage de type « aller-retour » combinant une convention d'occupation constitutive de droits réels et un bail datant de 1986. Toutefois, le considérant de principe employé par le Conseil d'Etat vise les contrats par lesquels la personne publique confie à la fois une mission de construction d'un ouvrage, mais aussi de financement de celui-ci et notamment, par incidente, les « contrats de partenariat ». Il semble ainsi possible d'interpréter cette décision comme s'appliquant à tous les contrats comprenant une mission de financement des investissements qu'il s'agisse des montages en contrat/marché de partenariat ou des montages dits « aller-retour » (BEA et AOT notamment). Même si ces contrats ne sont pas expressément mentionnés, il semble également possible d'y rattacher les concessions dans lesquelles la mission de financement est confiée au concessionnaire.

Ce qui apparaît important pour l'application du principe envisagé, c'est l'existence d'une mission de financement d'ouvrage confiée par la personne publique au titulaire du contrat public en cause et le caractère raisonnable du taux d'emprunt.

Par ailleurs, si le Conseil d'Etat accepte l'inclusion des frais de remboursement anticipé des contrats d'emprunt conclus par le cocontractant de l'administration, il convient de s'interroger sur la portée de la présente décision s'agissant de l'ensemble des frais et indemnités induites par la résiliation des emprunts et des instruments mis en place par le titulaire du contrat dans le cadre de la mission qui lui était confiée. A cet égard, la question se pose tout particulièrement des coûts de rupture des instruments de couverture de taux (swap de taux) qui auraient pu être conclus dans le cadre de la mise en place du financement. A ce jour, le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur ce point. On peut toutefois penser que, dès lors que la conclusion d'instruments de couverture était nécessaire et demandée par la personne publique dans le cadre du financement des investissements, ces dépenses devraient également être considérées comme des dépenses utiles. Pour les contrats nouvellement conclus, cette inclusion des coûts de rupture des instruments de couverture dans les dépenses utiles peut être confortée par une information de la personne publique sur le mode de calcul de ces coûts au titre de l'inclusion dans les annexes du contrat des principales caractéristiques des financements, en application du second alinéa de l'article L. 2235-2 et L. 3136-8 du Code de la commande publique.

⁵ CE, 9 juin 2020, *Société Espace Habitat Construction*, n°420282.

Ce point devra toutefois encore faire l'objet de précisions complémentaires de la part du Conseil d'Etat.

La question résiduelle qui subsiste est celle de savoir s'il existe une limite au-delà de laquelle les frais financiers en cause cessent d'être des dépenses utiles. Le Conseil d'Etat a, en effet, été traditionnellement assez sensible sur ce point en relevant que le coût de financement du déficit d'un concessionnaire ne pouvait constituer une dépense utile que dans la limite du coût de financement qu'aurait dû supporter la personne publique concédante, si elle avait assuré directement le service⁶. Or, le coût du financement étant structurellement plus avantageux pour une personne publique, la jurisprudence ne permettait pas d'assurer avec certitude aux prêteurs d'un projet à financement privé la couverture l'intégralité de leur préjudice. Dans la décision *Société Espace Habitat Construction*, le Conseil d'Etat abandonne la référence au coût du financement pour la personne publique, mais indique que les frais de remboursement anticipé retenus au titre des dépenses utiles ne peuvent excéder « *le coût normal d'une telle opération* », jetant ainsi les bases du futur contrôle du juge administratif sur ce point.

Il en résulte donc que le juge administratif se réserve la possibilité d'exclure du champ des dépenses utiles des frais de remboursement anticipé qui ne seraient pas cohérents avec les pratiques observées sur le marché. Il faudra pour cela que le juge administratif soit informé de cette pratique et des spécificités qui peuvent relever de certains montages financiers, dans lesquels les frais de remboursement anticipés sont plus élevés. C'est notamment le cas du financement obligataire.

Cette décision du Conseil d'Etat constitue un pas intéressant dans la prise en compte par le juge administratif des contraintes du financement de projet. Elle tend ainsi à sécuriser l'indemnisation des prêteurs en cas d'annulation ou de déclaration de nullité d'un contrat en posant le principe de l'inclusion, dans cette indemnité des frais de remboursement anticipé des emprunts, lorsque le contrat en cause confie à son titulaire une mission de financement des investissements publics.

Fin Infra est un service à compétence nationale rattaché à la direction générale du Trésor qui conseille les entités publiques dans la conduite de leurs projets d'investissement. Fin Infra aide les personnes publiques à optimiser la structuration juridique et financière de leurs investissements, notamment lorsqu'elles choisissent de recourir à un contrat global (conception, construction, entretien, maintenance, exploitation), et/ou qu'elles font appel à un financement externe (dette bancaire, fonds propres). Les outils de la commande publique concernés sont, en particulier : la concession, le marché de partenariat, le marché public global de performance.

Fin Infra conseille tout type de personne publique : l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que les établissements publics associés. Elle est par ailleurs un interlocuteur de l'ensemble des acteurs, privés et publics, agissant dans le domaine des infrastructures publiques et de son financement.

⁶ CE, 2012, *Commune de Castres*, précité.