

EPPP DP No. 2017-1

***Le contrat de PPP à l'épreuve des
contentieux :
Retours d'expérience sur le cas français***

Thierry Kirat
Frédéric Marty

Mars 2017

Le contrat de PPP à l'épreuve des contentieux

Retours d'expériences sur le cas français

Thierry Kirat

Université Paris-Dauphine, *PSL Research University*, IRISSO, CNRS

Frédéric Marty

Université Côte d'Azur, GREDEG, CNRS

Chaire EPPP, IAE Panthéon-Sorbonne

Contrats de long terme portant sur des services complexes, les partenariats public-privé peuvent donner lieu à des différends entre les contractants ou avec d'autres parties prenantes tant dans leurs phases de passation que d'exécution. Se fondant principalement sur le cas des contrats de partenariat français, cette contribution s'attache successivement aux différends entre les deux partenaires, en abordant les cas des renégociations et des résiliations contractuelles, avant de s'attacher aux contentieux initiés par des tiers, qu'il s'agisse de candidats évincés ou d'autres parties prenantes entamant des recours contre les contrats. Elle porte enfin sur la gestion par les partenaires du risque juridique lié aux recours et à ses éventuelles conséquences pour la personne publique.

Mots-clés : partenariat public privé, contrat incomplet, asymétries d'informations, renégociations, contentieux, risque juridique.

Codes JEL : H57, K12, K4, L32

Public-private partnerships are characterised by specific features (duration, complexity...) favouring disputes among the two partners and with third parties in both contracting in operating stages. Mostly based on the French experience of the *contrats de partenariat*, this paper first investigates the disputes between the public and private partners (renegotiations and early termination cases...) before considering in a second part the litigations initiated by unsuccessful candidates or other stakeholders opposed to the project. Our contribution finally tackles the issue of the contractual provisions introduced to deal with these legal risks and presents their potential consequences for the public partner.

Keywords: public-private partnerships, contractual incompleteness, information asymmetries, renegotiation, litigation, legal risk.

JEL codes: H57, K12, K4, L32

Au sens large , les partenariats public-privé sont des arrangements contractuels de long terme par lesquels une personne publique transfère une mission globale à un opérateur privé pouvant porter sur la conception, le financement, la construction, l'exploitation et la maintenance d'une infrastructure support d'un service public.

Ces arrangements recouvrent deux types de montages : celui dans lesquels le privé rend directement le service à des usagers finaux et se rémunère par des recettes d'exploitation (péages) ; celui où l'utilisateur du service ou de l'infrastructure est l'administration contractante elle-même. La rémunération du contractant vient alors de loyers qui correspondent donc au versement échelonné d'un prix forfaitaire.

Dans le cadre juridique français, ce second type de contrats ne pouvait être mis en œuvre avec les vecteurs traditionnels de la commande publique. Un contrat de délégation ne pouvait être utilisé dans la mesure où il ne s'agissait pas toujours de rendre un service public à des usagers et que le contractant pouvait ne pas être exposé à un risque de demande. De plus, certaines des caractéristiques intrinsèques des contrats les rendaient incompatibles avec le cadre général des marchés publics. Il s'agit en effet de contrats globaux de long terme reposant sur des mécanismes de préfinancement privé.

Il était donc nécessaire de se doter d'un troisième type de contrat, le contrat de partenariat, créé par une ordonnance de 2004¹. Celui-ci déroge en plusieurs points aux principes de base de la commande publique. Le choix d'y recourir fut donc subordonné à la réalisation d'une évaluation préalable permettant de justifier que la personne publique remplit bien des critères rendant possible une dérogation aux règles générales de la commande publique et que le recours à ce contrat paraît opportun en termes économiques (en regard des coûts et de la répartition des risques).

Ainsi, le PPP au sens large recouvre dans le cas français les contrats de partenariat et les délégations de service public quand bien même les deux contrats diffèrent très significativement en matière d'allocation des risques entre les deux contractants. Ce cadre juridique a néanmoins connu une forte évolution avec la transposition en droit français des directives européennes marché et concession de février 2014². Le critère du transfert du risque de demande est dès lors le critère de division entre les deux types de contrats. Le contrat de partenariat en tant que tel a donc disparu avec l'ordonnance relative aux marchés publics de juillet 2015. Il a été remplacé par le marché de partenariat.

En dépit de ce nouveau cadre réglementaire, les marchés de partenariat et les contrats de concession peuvent être des outils mobilisables et, dans une certaine mesure, substituables pour mettre en œuvre des PPP. Des infrastructures sportives ou des lignes ferroviaires ont pu être réalisées avec l'un ou l'autre de ces dispositifs. Nous traiterons principalement dans notre contribution des marchés de partenariat, sur lesquels des données sont de plus disponibles, mais nombre de raisonnements peuvent être appliqués à l'un et l'autre des vecteurs de la commande publique.

Notre propos tient aux difficultés pouvant mettre en cause la poursuite de l'exécution des contrats. Celles-ci peuvent provenir de deux sources. La première source tient à des différends entre les deux contractants. Ils peuvent donner lieu à des renégociations voire, en cas d'échec, à la résiliation des contrats. Nous envisageons successivement les déterminants économiques de ces différends et leur possible traitement juridique. La seconde source de difficultés vient de contentieux engagés contre le contrat par d'autres parties prenantes. Il s'agit de contentieux engagés par des candidats non retenus lors de l'attribution du contrat et de recours mis en œuvre

¹ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

² L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a transposé en droit interne la directive européenne n°2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et la directive n°2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

par d'autres parties prenantes, qu'il s'agisse de syndicats de professionnels s'estimant écartés de la commande publique, de contribuables ou d'opposants politiques estimant infondé le choix du recours à un PPP.

I- Les difficultés internes aux deux contractants

L'économie du PPP repose sur l'allocation des risques. Le nom même de partenariat vient du latin *partitio* qui signifie partage, division ou encore distribution. L'idée est d'attribuer chaque risque à celui qui peut le gérer au moindre coût ou en en prévenir la réalisation. À ce titre, le recours au PPP, malgré les surcoûts qu'il induit (tenant au coût supérieur du financement privé, à la marge du contractant ou aux coûts de transaction), peut sur le principe générer des gains d'efficacité à travers les mécanismes incitatifs qu'il met en œuvre. Les ressources d'exploitation par exemple ne sont pas liées à une formule de compensation des coûts et nulle marge n'est sur le principe assurée. Dans un montage concessif, le contractant est substantiellement exposé au risque de demande. Dans un marché de partenariat, le loyer versé par la personne publique joue le rôle d'un prix forfaitaire. Le contractant ne verra ses investissements compensés et rémunérés que s'il réalise la prestation prévue dans le contrat en satisfaisant les exigences de performance et de qualités définies par le contrat (Bensaïd et Marty, 2014).

Ainsi, la répartition des risques et sa traduction dans les clauses contractuelles constituent les deux variables clés de l'efficacité du contrat mais également de la capacité des partenaires à garantir sa bonne exécution sur le long terme. Les co-contractants évoluent cependant dans un monde d'information incomplète et asymétrique. Il est impossible de prévoir tous les états du monde futurs possibles et de détailler dans le contrat les obligations de chacun pour chaque contingence. Non seulement, le contrat ne peut prévoir le futur mais les deux contractants peuvent mettre à profit les asymétries d'informations existantes entre eux. *Ex ante*, il s'agit d'un problème d'anti-sélection : le partenaire est-il réellement à même de tenir ses promesses ? *Ex post*, il s'agit d'une situation d'aléa moral : le partenaire fera-t-il effectivement tous les efforts nécessaires et agira-t-il de bonne foi pour remplir efficacement ses obligations contractuelles ?

Les modalités de mise en concurrence (la procédure de dialogue compétitif) et le contrat de PPP lui-même visent à réduire ces risques au prix de coûts de transaction très élevés. Cependant, aussi « complets » (et donc détaillés et coûteux) soient les contrats, ils ne peuvent organiser à eux seuls l'ensemble de l'exécution de la prestation. L'exécution d'un PPP a pu être qualifiée d'une *on-going negotiation* (Ghere, 2001). Elle suppose des ajustements constants aux circonstances, aux évolutions des besoins des usagers et aux stratégies des deux contractants

dont les agendas et les contraintes ne sauraient être considérées comme figées dans le temps. Des circonstances susceptibles d'affecter l'équilibre économique du contrat ou des demandes des contractants de faire évoluer les conditions contractuelles peuvent se traduire par des renégociations et des différends si les intérêts ne sont pas conciliables. Le contrat de PPP est donc susceptible de faire l'objet d'avenants voire d'une résiliation. Ce sont ces conflits internes aux deux partenaires que nous analysons dans cette première partie.

a. Modifications du contrat : renégociations et avenants

Les différends entre les deux contractants dans un PPP ont été particulièrement importants et particulièrement médiatisés dans le cas d'un établissement hospitalier de la banlieue sud de Paris. Le contrat de l'hôpital sud-francilien, dont le projet avait été lancé en 2003 sous la forme d'un BEH (bail emphytéotique hospitalier, une variante du contrat de partenariat), a connu de très fortes difficultés en grande partie liées au manque de soin apporté à la préparation et à la rédaction du contrat et au comportement peu coopératif des deux contractants dans la gestion des difficultés d'exécution. L'ensemble de ces difficultés tenait aux défaillances de la construction contractuelle (anti-sélection) et à des stratégies de l'opérateur privé n'allant pas dans le sens d'une exécution efficace et équilibrée du contrat, se solda par la résiliation du contrat, lequel constitue l'un des principaux exemples d'échec de PPP en France (Chambre régionale des comptes d'Ile de France, 2014).

Le cas de l'hôpital sud francilien est certes paroxystique mais les renégociations sont fréquentes dans les PPP au sens large. Si les études empiriques réalisées en France sur la renégociation des contrats de concessions n'atteignent pas les taux (ni les niveaux de précocité après signature du contrat) relevés par Guasch (2004) pour les délégations de service public en Amérique Latine et aux Caraïbes, il n'en demeure pas qu'un nombre très significatif de contrats sont renégociés une ou plusieurs fois dans le cadre de leur exécution. C'est le cas pour 50% des contrats autoroutiers (Athias et Saussier, 2010) et pour 74% des contrats relatifs au stationnement urbain (Beuve et al., 2011).

Cependant, les renégociations ne sont pas en elles-mêmes la marque d'un échec du contrat (de Brux, 2010). Elles peuvent permettre d'ajuster la prestation rendue à l'évolution des besoins sociaux, permettre de corriger des erreurs d'anticipations des contractants et rendre possible la poursuite de la relation contractuelle face à des circonstances qu'ils n'avaient su ou pu prévoir *ex ante*. De telles erreurs d'anticipations sont fréquentes dans les grands projets et notamment pour les infrastructures de réseaux. Flyvbjerg et al. (2010) ont montré que les prévisions de

trafic sont quasi-constamment surestimées du fait de biais d'optimisme pour les porteurs de projets mais aussi d'un phénomène de concurrence entre les projets conduisant chacun à ne mettre en avant que les hypothèses les plus favorables, qui conduit à ce qui a été appelé la "malédiction du vainqueur".³ Les données sont particulièrement frappantes dans le domaine ferroviaire. Les surestimations de demande étaient présentes dans 90% des projets et pouvaient être évaluées *ex post* à 106% en moyenne. Flyvberg (2008) est parvenu à des résultats comparables en matière de prévision des coûts. Toujours dans le domaine ferroviaire 86% des projets étaient concernés et la surestimation moyenne était de 44,7%.

Ce faisant les renégociations peuvent procéder de la correction d'erreurs involontaires des contractants, erreurs qui mettent en cause leurs capacités à remplir leurs obligations ou qui rendent impossible la réalisation de l'équilibre financier du contrat. La *malédiction du vainqueur* s'inscrit dans cette logique.

Dans une pareille situation, la personne publique peut se trouver en grande difficulté. En effet, si le projet est essentiel à la fourniture d'un service public, un retard très significatif ou une rupture d'approvisionnement peut représenter un coût budgétaire et surtout politique très élevé. Elle sera obligée de voler au secours de son contractant. Cette situation nous conduit à envisager une autre facette des renégociations, celle des stratégies opportunistes. Les asymétries d'information et les différentiels de coûts en cas d'échec dans les renégociations peuvent donner lieu à des stratégies de *hold-up* contractuel. Dans cette logique, une *malédiction du vainqueur* pourrait n'être qu'une première phase d'une stratégie dans laquelle il s'agirait d'écarter les concurrents et de conduire le partenaire à engager des investissements spécifiques pour, dans une seconde phase, renégocier en position de force. Il est néanmoins de l'intérêt bien compris de l'entreprise de ne pas excessivement profiter de son pouvoir de négociation dans la mesure où son gain de court terme doit être mis en balance avec le dommage réputationnel qu'il pourrait induire.

Les règles juridiques relatives aux encadrements des avenants participent d'une logique de limitation des risques d'exploitation abusive d'éventuels déséquilibres dans le pouvoir de négociation entre les partenaires une fois le contrat signé. Un partenaire pourrait se saisir de sa position de monopole *de facto* à l'issue de la négociation pour exiger des compensations

³ Attribuer un contrat au moins-disant peut aboutir à sélectionner l'entreprise qui a formé les anticipations les plus optimistes ou les plus irréalistes quant à ses capacités à tenir ses coûts et peut donc conduire à sa défaillance.

excessives dès lors que des travaux n'ont pas été prévu comme il le fallait dans le contrat ou que de nouvelles contraintes requièrent de modifier la prestation rendue.

Il s'agit aussi de protéger les tiers (contribuables, concurrents potentiels) contre des risques de contournement des règles de la commande publique à travers le recours à des avenants qui pourraient conduire à des modifications substantielles de la nature du marché vis-à-vis de la mise en concurrence initiale (Engel et al., 2006). Il convient de noter que les renégociations peuvent être initiées par la personne publique, souvent de façon justifiée (prendre en compte l'objectif de mutabilité du service public) parfois moins (lorsqu'il s'agit de modifications liées au cycle électoral). Ainsi, la question des renégociations met en évidence la nécessité de disposer d'un cadre légal et réglementaire de nature à préserver les intérêts de chacun des contractants mais aussi des tiers.

L'intervention du juge administratif peut alors être nécessaire pour permettre la poursuite de la relation contractuelle tout en évitant que la pratique des avenants puisse porter préjudice à la transparence de la commande publique et à l'égalité d'accès à celle-ci. Dans le cadre de la transposition des directives « marchés » et « concessions » de février 2014, les possibilités de modifications sont encadrées par leur nature (elles ne doivent pas modifier substantiellement le contrat) mais également quant à leur montant par rapport à la valeur initiale de la concession. Autrement, il est nécessaire de passer un nouveau contrat. La justice administrative a également élaboré des standards au travers de sa jurisprudence permettant, quand cela est justifié, de rétablir l'équilibre économique du contrat et ainsi en permettre la poursuite de l'exécution. En particulier, le concept jurisprudentiel "sujétions imprévues" vise à permettre de modifier le prix ou de prendre en compte des charges supplémentaires dans des circonstances imprévisibles et exceptionnelles, que les contractants ne pouvaient donc raisonnablement prévoir *ex ante* (Kirat, 2005). Ces dispositifs valables pour les concessions s'appliquent également potentiellement aux marchés de partenariat quand bien même ces derniers ouvrent souvent la possibilité de recourir à des procédures d'arbitrage.

b) L'échec de l'ajustement en cours de contrat : le cas des résiliations

Le cas de l'hôpital sud-francilien témoigne de la possibilité de résilier un contrat de PPP. Nous évoquerons ici le cas de l'écotaxe poids-lourds et celui du contrat de partenariat portant sur le tribunal de grande instance (TGI) de Paris (ci-après TGI des Batignolles). Il convient en effet de noter que le contractant public n'est pas un contractant exactement comme un autre. Il détient quelques prérogatives exorbitantes du droit commun.

Une première tient au *fait du prince*. Il s'agit d'une décision prise dans le cadre des pouvoirs de la puissance publique et qui a pour effet de bouleverser l'équilibre économique du contrat. Le contractant de l'administration a en contrepartie un droit au rétablissement de l'équilibre économique du contrat donc à compensation.

Une seconde prérogative tient au pouvoir de résiliation unilatérale du contrat pour motif d'intérêt général. Cette capacité existe en dehors même de toute stipulation contractuelle. Cependant, si le contractant n'a pas commis de faute, la résiliation doit être accompagnée d'une indemnisation. Il s'agit alors de compenser trois éléments : les dépenses et investissements engagés mais non encore amorti, i.e. le *damnum emergens*, le manque à gagner (mesuré par les revenus futurs auquel le contractant aurait pu prétendre si le contrat était parvenu à son terme), i.e. le *lucrum cessans*, et enfin le préjudice moral. Cette indemnisation peut être décidée par le juge ou prévue par les deux contractants. Le juge opère alors un contrôle de proportionnalité. En effet, la compensation doit certes être intégrale mais non disproportionnée. Elle doit en outre être d'un montant qui ne doit pas avoir pour effet de dissuader l'administration d'exercer son droit de résiliation (Jobart, 2016).

Ce risque d'effet de dissuasion n'est pas à négliger comme le montre le renoncement du gouvernement à résilier le contrat du TGI des Batignolles et comme en témoigne en sens inverse l'estimation des coûts de la résiliation du contrat de l'écotaxe poids-lourds telle que réalisée par la Cour des comptes (2017). Ces deux contrats sont significatifs en ce qu'ils ont à la fois donné lieu à des recours devant les juridictions administratives, portés par des tiers au contrat et à un arbitrage de la part de la personne publique quant à la résiliation du contrat. Nous abordons *infra* cette question en laissant la première pour notre seconde partie. Le point qui suscite ici notre intérêt tient au coût de la sortie du dispositif pour les budgets publics. Ce coût déjà souligné par le rapport de la Commission d'enquête du Sénat (2014) a fait l'objet d'une évaluation dans le cadre du rapport public de la Cour des comptes publié en février 2017. Le coût de la sortie du dispositif dépasse le milliard d'euros. Au moment de l'annulation, la société avait déjà engagé 200 salariés et dépensé 600 millions d'euros pour déployer plus de 180 portiques et près de 800 000 boîtiers électroniques à placer dans les camions. Dans la mesure où l'État n'avait pas demandé la mise à disposition du système au contractant, laquelle était prévue en juillet 2013, avant la suspension du contrat en octobre 2013, il lui était impossible de mettre en avant un quelconque manquement de sa part. Au final, l'abandon de l'écotaxe s'est traduit par un manque à gagner de 9,833 milliards d'euros pour les finances publiques et à court

terme, après de l'accord conclu en juin 2014 avec le consortium privé, par une indemnisation de 957,58 millions au titre de la résiliation.

II- Les contentieux initiés par des tiers

L'opportunisme dans les contrats a longtemps été vu par la littérature économique selon le seul angle de la relation entre deux contractants (Williamson, 1985). Cependant, Spiller (2008) puis Spiller et Moszoro (2014) ont montré que l'opportunisme pouvait également provenir de tiers au contrat, principalement de concurrents évincés de la commande publique ou de parties intéressées, qu'il s'agisse de syndicats, d'associations, de contribuables ou d'opposants politiques susceptibles d'introduire des recours contre les contrats. Ces recours peuvent participer soit d'une mobilisation du droit pour défendre des intérêts collectifs dépassant ceux des deux contractants, soit d'une stratégie opportuniste d'utilisation des leviers du contentieux pour nuire à ces derniers.

Le cas des PPP est particulièrement pertinent pour étudier ces recours : reposant sur des montages globaux dérogoires aux règles générales de la commande publique et sur une large part de négociation, ils sont naturellement exposés à des contestations.

Par exemple, la spécificité de la procédure de dialogue compétitif, combinant une première sélection sur la base d'un programme fonctionnel puis des négociations bilatérales parallèles menées avec des candidats retenus à l'issue de cette première phase, peut donner lieu à des recours de candidats évincés lors de la procédure. Ce risque est d'autant plus significatif que les négociations peuvent faire évoluer la demande publique par rapport à son expression initiale. Un deuxième risque tient à la contestation du choix de la personne publique d'opter pour ce vecteur contractuel. Nous avons noté *supra* que le contrat de partenariat nécessitait, en tant que contrat dérogoire au droit commun, une justification de la part de la personne publique sous la forme d'une évaluation préalable. Le résultat de celle-ci peut faire l'objet de contestations, notamment en regard des critères juridiques mis en exergue par le Conseil constitutionnel dans sa décision de juin 2003 : l'urgence et la complexité (Sueur et Portelli, 2014).

De tels recours contre la décision de la personne publique de s'engager dans la voie des PPP peuvent être portés par des professionnels (architectes, entreprises du second œuvre du bâtiment,...) qui considèrent que leur accès à la commande publique est compromis par la globalité du contrat (ils ne peuvent intervenir que comme sous-traitants des grands groupes dans la mesure où les contrats de PPP échappent à la règle de l'allotissement) mais aussi de parties

prenantes considérant que ces contrats sont susceptibles d'aller à l'encontre de la bonne gestion des deniers publics.

Nous considérons successivement les voies de recours ouvertes aux tiers, présentons quelques données statistiques sur les recours formés contre les contrats de partenariat français et illustrons ces derniers par trois exemples ; ceux du TGI des Batignolles et de l'écotaxe poids-lourds déjà évoqués enfin celui du stade de Bordeaux pour présenter une question spécifique, celle de l'accord autonome.

a) Les voies de recours

Les candidats évincés d'un contrat public peuvent engager un certain nombre de recours. Cette décision peut d'ailleurs être envisagée sous un angle économique. Elle peut être considérée selon une analyse coûts-avantages. Il conviendrait, du côté des coûts, de prendre en compte les coûts de procédure et les éventuels coûts indirects vis-à-vis des deux contractants. Il peut s'agir de risques de rétorsions de la part du concurrent ou d'un dommage réputationnel vis-à-vis de la personne publique impliquée. Du côté des gains, les choses sont plus complexes. Le plaignant peut s'engager sur des bases purement opportunistes. Il s'agit alors de *nuisance suits* (Kirat et Marty, 2007) visant à accroître les coûts du rival (via sa défense), à le priver potentiellement d'un contrat (si l'annulation est possible) ou éventuellement à obtenir de sa part une forme de compensation (sous la forme par exemple d'accords de sous-traitance). S'il s'engage sur des bases non opportunistes, son gain potentiel sera bien différent selon qu'il peut prétendre à une indemnité basée sur la perte d'une chance⁴ ou à obtenir l'annulation du contrat, sachant que comme nous le verrons celle-ci ne signifie pas obligatoirement la perte du marché pour le concurrent.

Trois voies de recours sont ouvertes pour les candidats évincés. La première, avant même la finalisation du contrat, est le référé précontractuel, le deuxième le recours en contestation de la validité du contrat (dit recours *Tropic*) et le troisième le référé contractuel.

Le référé précontractuel a été introduit en droit français par la transposition en janvier 1992 de la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989. Le recours porte sur des attributions de contrats publics qui ne respecteraient pas les règles relatives à la publicité ou aux modalités de mise en concurrence. Le requérant doit identifier des manquements et montrer que ces derniers le lèsent

⁴ Un arrêt récent du Conseil d'Etat, *Bancel*, en date du 10 février 2017 illustre ce risque. Un candidat évincé a dénoncé un ensemble d'irrégularités dans la passation lui permettant d'obtenir l'annulation du contrat. Le juge lui a cependant refusé toute indemnisation dans la mesure où ces irrégularités n'avaient pas un lien direct avec le rejet de sa candidature.

ou sont susceptibles de le léser ou qu'ils avantagent potentiellement une entreprise concurrente. Le candidat peut saisir le juge en cours de procédure. Tant les marchés publics (et donc les marchés de partenariat) que les concessions entrent dans le domaine du référé précontractuel. Peuvent saisir le juge les candidats évincés et les candidats potentiels qui ont pu être dissuadés de soumissionner du fait du manquement allégué. L'intérêt pour les requérants est que le référé suspend l'attribution du contrat et que le juge dispose des mêmes pouvoirs que le juge du fond. Il peut annuler le contrat ou prononcer une injonction de régularisation. Cependant, comme nous le verrons *infra*, la jurisprudence requiert que le juge mette en balance son éventuelle décision d'annulation avec des motifs d'intérêt général qui pourraient justifier une réalisation du contrat.

Le deuxième type de recours correspond au recours *Tropic* du nom d'un arrêt du Conseil d'État de juillet 2007, Société *Tropic Travaux Signalisation*. Ce dernier permet à « *tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif* » de former devant le juge administratif « *un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires* ». *Tropic* permet la saisine du juge du contrat à d'autres que les parties au contrat elles-mêmes, pourvu qu'ils aient la qualité de concurrent évincé, et que le contrat ait été signé. Il s'agit donc d'une voie de recours ouverte aux tiers. Le juge peut prononcer la résiliation ou modifier certaines de ses clauses, accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, ou même l'annuler, totalement ou partiellement.

La troisième voie de recours ouverte aux candidats évincés est le référé contractuel. Il a été introduit en droit français par une ordonnance de mai 2009 dans le cadre de la transposition de la directive européenne « recours » du 11 décembre 2007. Cette voie d'action est dans une certaine mesure redondante avec le recours *Tropic*. La différence tient à ce que peut espérer le requérant. À la différence de *Tropic*, le référé contractuel ne donne pas lieu à indemnisation. Il vise principalement à une nouvelle passation du contrat.

Aux côtés de ces voies de recours ouvertes aux concurrents existait pour les autres parties prenantes, le recours en excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat. Il permettait notamment de rechercher l'annulation de la décision de la personne publique de recourir à un contrat de partenariat. Elle pouvait donc porter sur l'évaluation préalable et notamment sur ses critères. Nous avons vu que deux critères avaient été introduits par l'ordonnance de juin 2004,

la complexité et l'urgence⁵. Une part significative du contentieux en excès de pouvoir porta sur ces deux critères et des contrats de PPP firent l'objet d'annulation par le juge administratif.

Cependant, cette voie de recours n'est plus ouverte. Par son arrêt *Tarn-et-Garonne* d'avril 2014, le Conseil d'État a certes ouvert à tous les tiers justifiant d'un intérêt lésé par un contrat administratif la possibilité de contester sa validité devant le juge du contrat. En d'autres termes tout tiers peut engager un recours de type *Tropic*. Il leur a cependant fermé dans le même temps les recours contre les actes administratifs dits « détachables » du contrat, c'est-à-dire les actes préalables à sa conclusion, qui l'ont préparée et rendue possible.

Ce recours leur était pourtant possible depuis l'arrêt *Martin* de même Conseil d'État du 4 août 1905. Dans ses propres commentaires, le Conseil d'État (2014) considérait que cette voie de recours n'était que faiblement opérante dans la mesure où *l'annulation d'un acte détachable illégal ne débouchait qu'exceptionnellement sur l'annulation par ricochet du contrat lui-même*. Cette voie de recours comme nous le verrons *infra* avait cependant permis d'annuler certains contrats de partenariat. Si le juge voulait prononcer une annulation, il devait néanmoins, prendre en considération d'éventuelles raisons impérieuses d'intérêt général (pour reprendre les termes de l'article L.551 du code de justice administrative). Ce faisant les annulations éventuelles revenaient-elles parfois à une injonction de régularisation. Qui plus est l'ordonnance de juillet 2015 a supprimé ces deux critères juridiques dans l'évaluation préalable, notamment sur la base de l'extension de leur validité par la pratique décisionnelle des juridictions administratives qui conduisait à les valider trop aisément.

Les critères de l'urgence et de la complexité pouvaient en effet initialement paraître comme rigoureux au vu de la pratique décisionnelle des juridictions administratives françaises en matière de marchés publics traditionnels. Cependant, le degré d'exigence fut bien moindre en matière de PPP. Dans un marché public, la notion d'*urgence impérieuse* doit provenir d'évènements extérieurs, imprévisibles et irrésistibles pour l'acheteur (catastrophes naturelles ou d'accidents majeurs) ou d'une annulation du contrat par le juge. Saisi sur la question dès octobre 2004, le Conseil d'État retint un standard bien plus aisé à satisfaire pour les personnes publiques. L'urgence peut même invoquée quand elle procède du manque de diligence passé

⁵ La loi de juillet 2008 relative aux PPP introduisit un troisième critère de recours : celui de l'efficacité économique, comparable à la *value for money* britannique. Non seulement ce critère fut peu utilisé par les personnes publiques entre 2008 et 2016 pour justifier leur dérogation au code des marchés publics pour recourir à un contrat de partenariat mais aucun recours ne fut engagé sur cette base. Cela peut apparaître surprenant quand on tient compte du caractère *ad hoc* des hypothèses retenues lorsque ce critère est utilisé. Cependant, les plaignants furent réticents à fonder leurs recours non plus sur des critères juridiques sur lesquels une jurisprudence existait mais sur des évaluations de nature « économique » donc subjectives.

de l'administration. Cette analyse fut consacrée au contentieux par le Conseil d'État dans son arrêt du 23 juillet 2010 relatif au collège de Villemandeur dans le département du Loiret venant ainsi mettre un terme à des décisions de première instance ayant rejeté le motif de l'urgence.

Si la contestation du critère de la complexité permit d'obtenir quelques décisions favorables, à nouveau la position prise par les juridictions administratives fut globalement très libérale en matière d'acceptation du critère. La complexité pouvait être créée par le seul recours au PPP via la technicité du montage contractuel, juridique et financier qu'il suppose. La complexité n'était pas restreinte à complexité technique intrinsèque du projet. Il s'agissait même dans ce cas de figure d'une incapacité de la personne publique d'aller au-delà d'un programme fonctionnel pour mettre en œuvre l'appel à concurrence. Deux contrats de partenariat furent annulés faute de satisfaire à ce critère. Le musée de la mer et la cité du surf à Biarritz et une piscine municipale en Auvergne. Dans le second cas, la Cour administrative d'appel de Lyon (2 janvier 2014) a considéré que la personne publique était « objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ». Dans le premier, le Conseil d'État a confirmé le rejet du critère de l'urgence (30 juillet 2014) dans la mesure où les plans de la construction, réalisés dans le cadre d'un premier projet, avaient transmis aux candidats. La personne publique était donc bien en mesure de lancer un appel d'offres sur la base d'un cahier des charges détaillé.

Ces exemples ne doivent pas pour autant être interprétés comme la marque d'un risque juridique très significatif pour les partenaires public et privé. Par exemple, les statistiques relatives aux contrats de partenariat signés au 28 février 2017, établies par la mission d'appui aux PPP du ministère de l'économie, montrent que sur 165 contrats signés par les collectivités locales, 61 portaient sur l'éclairage public, domaine où tant l'urgence que la complexité ne sont pas *a priori* des motifs évidents...

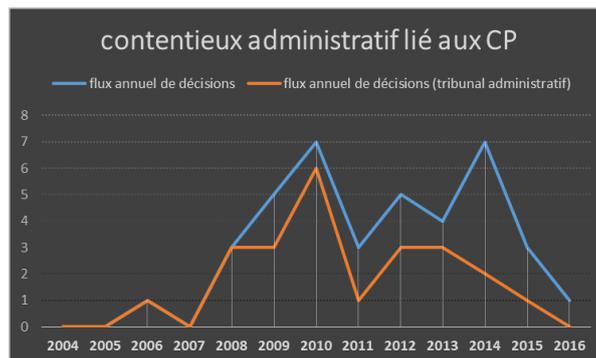
b) Statistiques descriptives

Saisir la portée des recours contre les contrats de partenariat en France et donc le risque juridique associé pour les deux contractants peut passer par quelques statistiques descriptives. La mission d'appui aux PPP a réalisé un suivi des contentieux jusqu'au mois d'avril 2016 qu'il a été possible de compléter pour recenser quelques 39 décisions (le nombre total de contrat de partenariat signé s'élève à 227 en comptant ceux signés par l'État et les établissements publics).

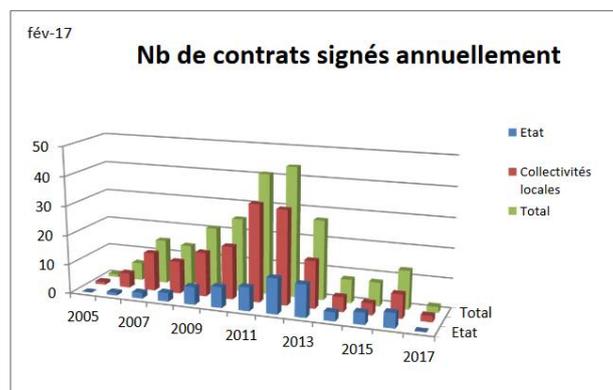
Il convient de rappeler qu'en première instance les contentieux sont présentés devant les tribunaux administratifs (ci-après TA). Les ordonnances rendues par ces derniers sont

susceptibles de recours devant les cours administrative d'appel (CAA) et le cas peut être présenté devant le Conseil d'État qui intervient alors comme juge de cassation. Dans notre échantillon, 6 décisions de première instance sur 10 ne sont pas suivies d'appel.

Le contentieux global des contrats de partenariat est présenté par la figure *infra*. Il présente deux courbes. La première courbe retrace le flux annuel de décisions rendues par les trois niveaux de juridictions administratives. La seconde courbe ne donne que les décisions rendues en première instance par les tribunaux administratifs.

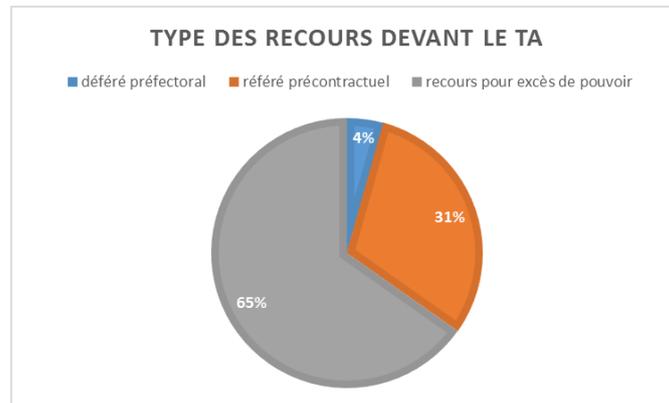


Si le flux annuel de décisions semble se caractériser par une distribution bimodale (2010 et 2014), les décisions de première instance étaient déjà en très nette réduction à partir de 2010. Ainsi, la fermeture de la voie de recours contre les actes détachables en avril 2014 et la disparition des critères de l'urgence et de la complexité en juillet 2015 n'expliquent pas la réduction du nombre de nouveaux contentieux. Celui-ci vient à la fois de la réduction du nombre de nouveaux contrats signés à partir de 2013 (voir figure *infra* tirée des statistiques de la mission d'appui aux PPP) et à l'établissement progressif d'une jurisprudence en la matière relativement restrictive pour les requérants.

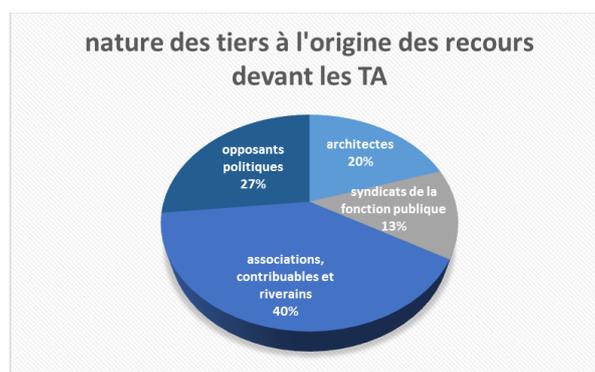


Si nous considérons les seuls recours devant les TA, nous pouvons dénombrer trois voies utilisées par les tiers (voir figure *infra*) : les référés précontractuels portés par les candidats

évincés ; les recours en excès de pouvoir visant à l'annulation d'actes détachables du contrat, en l'espèce, la décision par laquelle l'assemblée délibérante a décidé d'opter pour un PPP. Enfin, le déféré préfectoral. Il s'agit de la possibilité ouverte au préfet de demander au TA la suspension ou l'annulation d'un contrat (un seul cas). Il est signalé qu'aucun recours de type *Tropic* n'a été engagé.



Il peut être également intéressant de considérer qui sont les tiers qui engagent des recours en excès de pouvoir devant les TA (voir figure *infra*). Conformément aux travaux de Spiller et Moszoro (2014) le spectre est très large, couvrant les professionnels écartés d'un accès direct à la commande publique, les syndicats de la fonction publique, des riverains opposés au projet, des contribuables opposés aux PPP, des associations d'usagers du service public (souvent constituées en vue du dépôt de plainte) ou encore à des opposants politiques locaux.



La pratique décisionnelle n'est que marginalement favorable aux requérants. Devant les TA, 8 décisions favorables sont à relever ; 1 dans le cadre d'un déféré préfectoral, 2 dans le cas de référés précontractuels et 5 dans le cadre de recours en excès de pouvoir. Déjà cependant dans 3 de ces 5 cas, la décision favorable n'eut pas de conséquence sur le contrat, l'ordonnance se traduisant par des injonctions de régulariser la situation.

Il convient en effet de souligner que le juge administratif doit prendre en compte les dimensions d'intérêt général avant de décider une éventuelle annulation. Celle-ci ne doit pas mettre en cause la continuité du service public. Comme l'indique le Conseil d'État (2014), le juge administratif doit « concilier le principe de légalité, auquel est soumise l'action administrative, avec la préoccupation de stabilité des relations contractuelles ». Il justifie d'ailleurs la fermeture aux tiers des recours en excès de pouvoir par le fait que « l'annulation d'un acte « détachable » illégal ne débouchait qu'exceptionnellement sur l'annulation par ricochet du contrat lui-même ».

c) Etudes de cas

Il est cependant intéressant d'illustrer au travers de quelques cas emblématiques les recours portés par les tiers dans les contrats de partenariat français pour saisir l'étendue réelle des risques qu'ils font porter sur les contractants et les conséquences qui peuvent résulter des mesures de prévention et de gestion du risque juridique que ces derniers peuvent mettre en œuvre.

Nous avons abordé dans notre première partie le cas du TGI des Batignolles. Il est intéressant de noter que le recours devant le TA de Paris fut porté par une association d'usagers du Palais de Justice (*Justice dans la Cité*) et un avocat opposés à son déménagement de l'Ile de la Cité, au cœur de Paris. Les recours furent formés par ces derniers contre la décision d'opter pour un PPP (mais aussi contre celle de conclure un accord autonome, dimension que nous aborderons *infra*). Le TA refusa dans ses jugements du 17 mai 2013 de reconnaître leur intérêt à agir et déclara donc leurs recours irrecevables. La position du TA fut cependant partiellement infirmée par la Cour d'appel administrative (CAA) de Paris par un arrêt du 3 avril 2014. L'un des arguments conduisant à reconnaître l'intérêt à agir fut l'éloignement qui découlera de l'implantation du TGI aux Batignolles par rapport à la Cour d'appel qui demeurera sise dans l'Ile de la Cité. Cependant, sur le fond la CAA de Paris valida le choix d'opter pour un PPP tant sur le plan de l'urgence que sur celui de la complexité. L'affaire alla jusqu'au Conseil d'État qui confirma par un arrêt du 15 octobre 2014 l'arrêt de la CAA.

Un deuxième exemple caractéristique est celui de l'écotaxe poids-lourds. Si les tiers furent bien à l'origine de la résiliation du contrat ce ne fut pas par la voie des recours devant les juridictions administratives mais au travers de la contestation de la décision publique par la voie de la mobilisation de groupes d'intérêts professionnels et locaux revêtant la forme d'une *jacquerie*. Pour rappel le contrat reposait sur la conception, le financement, le déploiement, la maintenance

et l'exploitation d'un système de détection du passage des poids-lourds sur certains tronçons du réseau routier secondaire pour leur appliquer un prélèvement basé sur le coût collectif (en termes d'infrastructures) et sur le coût environnemental induit. Il s'agissait à la fois d'inciter à un report modal vers le rail, de conduire les agents économiques concernés à internaliser le coût des externalités négatives qu'ils produisaient et d'abonder à un fonds de financement des infrastructures publiques. Le choix du recours au PPP fut justifié par la mission d'appui du ministère de l'économie sur la base de la complexité technique du système à mettre en place et sur celle de la nécessité de mettre en place rapidement une mesure sur laquelle un consensus s'était dégagé à l'Assemblée Nationale.

Un premier recours fut engagé devant le TA de Cergy-Pontoise sur la base d'un référé précontractuel par un concurrent écarté à l'issue du dialogue compétitif. Son ordonnance du 8 mars 2011, suspendant la signature du contrat, fut cependant annulée dès le 24 juin par le Conseil d'État. Pour ce dernier, il n'avait pas été établi que les manquements relevés avaient effectivement lésés les plaignants. En d'autres termes, ils n'étaient pas à l'origine du rejet de leur candidature. Si le contrat a finalement dû être résilié ce fut de fait en dehors de l'arène judiciaire.

Les tentatives de réponses aux oppositions des parties prenantes avaient déjà mis à mal l'équilibre économique du contrat. Des réductions drastiques de l'assiette de la taxe et de ses taux avaient été décidées pour certaines régions, notamment la Bretagne, pour permettre une meilleure acceptabilité politique de la mesure. La contrepartie de ces mesures était cependant une réduction très significative des recettes. Or, les loyers étaient réglés au privé par une déduction sur le reversement du produit des taxes à l'État. Ceux-ci étaient déjà élevés (de l'ordre de 230 millions d'euros annuels) du fait de la volonté d'amortir rapidement les investissements dans la mesure où l'on craignait une rapide obsolescence technologique. Par voie de conséquence, la part des recettes conservées par le contractant était potentiellement très élevée. Cette part relative pouvait apparaître comme disproportionnée (surtout en comparant avec des cas étrangers, notamment allemand, pour lesquels l'assiette était bien plus large). L'acceptabilité sociale et politique du montage n'en était que plus difficile. Le parallèle (injustifié au demeurant) avec la *Ferme Générale* d'Ancien Régime pouvait être trop aisément tracé.

Alors que le dispositif devait entrer en service en juillet 2013, le consortium privé ne requit pas celle-ci immédiatement (ce qui pourtant devait déclencher le versement des loyers). Cette attitude faisait *a priori* les affaires du contractant public qui se heurtait à la résistance de groupes

de pression sectoriels et à des contestations locales. Malgré les concessions des pouvoirs publics, la cristallisation des contestations s'est traduite par la suspension le 29 octobre 2013 de la mise en œuvre de l'écotaxe avant sa résiliation en juin 2014 pour le coût que nous avons détaillé dans notre première partie (Cour des comptes, 2017).

Conclusion

Un dernier exemple de contentieux initié par des tiers peut nous servir de conclusion. Il s'agit d'un recours engagé contre le PPP relatif au stade de football de Bordeaux construit en vue de l'*Euro 2016*. Dans le cadre du contrat, une convention tripartite avait été signée entre les firmes membres du consortium retenu (les *sponsors*) par la personne publique, cette dernière et les financeurs. Les montages de PPP sont basés sur des mécanismes de financement sur projet mettant en œuvre de forts effets de levier pour minimiser le surcoût du financement privé par rapport au financement public. Il s'agit donc d'accroître la part de dette par rapport aux fonds propres apportés par les *sponsors*, mieux rémunérés car plus fortement exposés au risque. Cependant, la société projet montée pour l'occasion n'aura qu'une seule activité susceptible de permettre de générer des revenus pour rembourser de sa dette : les flux de revenus liés à la réalisation du contrat de partenariat (Bensaïd et Marty, 2014). Si le contrat venait à être annulé, le remboursement de la dette serait impossible. Ainsi tout recours contre le contrat pourrait se traduire par la suspension du déblocage des crédits. Surtout l'anticipation d'un tel risque juridique pourrait amener les banques à refuser de financer le contrat ou du moins à exiger une prime de risque excessive de nature à compromettre son opportunité économique même ou du moins à accroître significativement la charge budgétaire pour la personne publique via sa répercussion dans les loyers.

L'accord autonome vise donc à organiser les conséquences de tels recours et à permettre la poursuite des travaux même si des actions en justice étaient engagées par des tiers. En d'autres termes, la personne publique apporte la garantie aux financeurs qu'elle se substituera à la société projet en cas d'annulation du contrat. L'enjeu juridique était de savoir si cet accord pouvait survivre à l'annulation d'un contrat dont il était pourtant une composante essentielle. Le Conseil d'État qui avait annulé le 11 mai 2016 la délibération du conseil municipal de Bordeaux du 24 octobre 2011 conduisant à la signature d'un contrat de PPP n'a pas remis cet accord autonome en cause (l'annulation ne recouvre de plus qu'une injonction pour une nouvelle délibération). L'accord autonome fait naître des obligations entre ses parties qui sont indépendantes du contrat de commande publique et qui peuvent donc lui survivre en cas d'annulation par les juridictions administratives.

Le cas des accords autonomes illustre la crainte des contractants de l'administration face aux recours en provenance de tiers et sont représentatifs de la ré-internalisation par la personne publique des conséquences des risques juridiques. L'exemple de l'aéroport Notre-Dames-de-Landes, près de Nantes, illustre également ces enjeux. Le contrat de concession fait peser sur l'État les conséquences d'une absence de démarrage des travaux ne pouvant être imputée au concessionnaire. Le rapport de la Chambre régionale des comptes Provence Alpes Côte-d'Azur (2015) sur le contrat de partenariat relatif au stade de football de Nice avait également mis en exergue une clause visant à régler entre les contractants les conséquences d'un tel risque juridique. Il s'agissait de la clause dite *Nice Stadium* qui visait à permettre la poursuite des travaux avec les mêmes entreprises même en cas d'annulation du contrat. La prise en compte du risque de recours ne se traduisait pas ici comme dans le cas de l'accord autonome par un risque budgétaire pour la personne mais par un risque juridique en regard des règles de la commande publique comme le notait la Chambre régionale des comptes : « puisqu'elle aurait eu pour effet de contourner par avance les effets de l'annulation du contrat par le juge et l'autorité de chose jugée en organisant par anticipation la poursuite de rapports contractuels n'ayant plus lieu d'être ».

Bibliographie

Athias, L. and Saussier, S. (2010), « Contractual flexibility or rigidity for public private partnerships? Theory and evidence from infrastructure concession contracts », *Document de travail Chaire EPPP*, n°2010-3, 35p.

Bensaïd J. and Marty F., (2014), *What Makes Public-Private Partnerships Work? An Economic Analysis*, avec Jean Bensaïd, Centre Cournot, June.

Beuve, J., de Brux, J. and Saussier, S., (2011), « Renegotiations and contract renewals: An empirical analysis of Public-Private Agreements », *EPPP Discussion Paper*, n°2011-4, 36p.

(de) Brux J., (2010), « The dark and bright sides of renegotiation. An application to transport concession contracts », *Utilities Policy*, volume 18, p77-85

Chambre régionale des comptes Ile de France, (2014), *Rapport d'observations définitives sur le centre hospitalier sud-francilien – enquête baux emphytéotiques des hôpitaux (BEH)*, juillet.

Chambre régionale des comptes Provence-Alpes-Côte d'Azur, (2015), *Rapport d'observations définitives sur la gestion de la commune de Nice – La construction du grand stade de Nice*, Marseille, 26 juin.

Commission d'enquête du Sénat (2014), *Rapport sur les modalités du montage juridique et financier et l'environnement du contrat retenu in fine pour la mise en œuvre de l'écotaxe poids-lourds*, mai.

Conseil d'Etat, (2014), *Le juge administratif et la commande publique*, Dossier thématique, Etudes et Publications, juin.

Cour des Comptes, (2017), « L'écotaxe poids-lourds : un échec stratégique, un abandon coûteux », *Rapport public annuel 2017*, février, pp.199-230.

Engel, E., Fischer, R. and Galetovic, A., (2006), "Renegotiation without Holdup: Anticipating Spending and Infrastructure Concessions", *Cowles Foundation Discussion Paper*, n°1567.

Flyvbjerg B., (2008), "Public planning of mega-projects: overestimation of demand and underestimation of costs", in Premius H., Flyvbjerg B. and van Wee B., *Decision Making on Mega-Projects – Cost Benefit Analysis, Planning and Innovation*, Edward Elgar, pp.120-144.

Flyvbjerg B., Skamris Holm M.K. and Buhl S.L., (2006), "Inaccuracy in Traffic Forecasts", *Transport Reviews*, vol. 26, issue 1, pp. 1–24.

Ghere R. K., (2001), "Probing the Strategy Intricacies of Public-Private Partnerships: The Patent as a Comparative Reference", *Public Administration Review*, volume 61, n°4, pp.441-451.

Guasch J.L., (2004), *Renegotiating Infrastructure Concessions – Doing it Right*, WBI Development Studies, World Bank, Washington, 211p.

Jobart J.-C., (2016), « Le risque contentieux lors de l'exécution des contrats de partenariat : Le point de vue d'un juge administratif », in Regourd S. et Rapp L., s.d., *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, Bruylant, Bruxelles, pp.75-106.

Kirat T. (s.d.), (2005), *Economie et droit du contrat administratif : L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public*, La Documentation Française, Paris.

Kirat T. et Marty F., (2007), *Economie du Droit et de la Réglementation*, Gualino, Paris, 183p.

Sénat (2014), *Rapport de la commission d'enquête sur les modalités du montage juridique et financier et l'environnement du contrat retenu in fine pour la mise en œuvre de l'écotaxe poids-lourds*, mai.

Spiller P., (2008), "An Institutional Theory of Public Contracts: Regulatory Implications", *NBER Working Paper Series*, n°14152.

Spiller P. and Moszoro M.W., (2014), "Third-Party Opportunism and the Theory of Public Contracts: Operationalization and Applications", in Brousseau E. and Glachant J.-M., eds, *The Manufacturing of Markets: Legal, Political and Economic Dynamics*, Cambridge University Press.

Sueur J.-J. et Portelli H., (2014), *Les contrats de partenariats : des bombes à retardement ?*, Rapport d'information, Commission des Lois du Sénat, Juillet.

Williamson O. E., (1985), *The Economic Institutions of Capitalism*, The Free Press, New York.