

N° 420282
Société Espace Habitat Construction

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies
Séance du 25 mai 2020
Lecture du 9 juin 2020

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, Rapporteur public

Cette affaire vous permettra de compléter votre jurisprudence sur la notion de dépenses utiles pour la collectivité publique, indemnisables sur le terrain de l'enrichissement sans cause, s'agissant des frais financiers supportés par son cocontractant.

Vous avez déjà eu à connaître il y a quelques années du montage contractuel ayant permis à la commune d'Ozoir-la-Ferrière (Seine-et-Marne) de faire réaliser par la société anonyme d'HLM de la préfecture de police une résidence pour personnes âgées. Il était constitué d'un contrat conclu le 10 juin 1986, par lequel la société HLM donnait à bail à la commune la résidence à édifier sur un terrain communal, et d'un contrat conclu le 26 juin 1986, par lequel la commune avait consenti à la société des droits réels sur ce terrain pour une durée de 55 ans. Par une délibération du 9 mars 2006, le conseil municipal a décidé la résiliation des deux contrats pour motif d'intérêt général, la commune souhaitant reprendre en régie directe la gestion de la maison de retraite à la suite de la défaillance de l'association qui en était chargée. La société Espace Habitat Construction, venue aux droits de la société HLM de la PP, a contesté cette résiliation et par une décision du 1^{er} octobre 2013 (CE, *Société Espace Habitat Construction*, n° 349099, Tab.), vous avez confirmé le rejet de sa requête, au motif que les vices entachant ces conventions¹ interdisaient la reprise des relations contractuelles.

Le contentieux a ensuite porté sur les aspects indemnitaires. Par un jugement avant-dire droit du 14 novembre 2013, le tribunal administratif de Melun a tiré les conséquences de votre décision en refusant de régler le litige sur le terrain contractuel, a rejeté les conclusions sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle faute de justification par la société de sa perte de bénéfice et ordonné une expertise pour évaluer les dépenses utiles à la commune, à indemniser sur le terrain de l'enrichissement sans cause. Après expertise, il a fixé l'indemnité à hauteur de 2 664 827,70 euros, correspondant à la valeur de la résidence et à des frais

¹ Ces vices consistaient dans l'illégalité de l'attribution de droits réels sur le domaine public selon le cadre légal alors en vigueur et dans l'existence d'une clause interdisant la résiliation anticipée du contrat

financiers, par un jugement du 1^{er} décembre 2016. Par l'arrêt du 2 mars 2018, contre lequel la société Espace Habitat Construction, la cour administrative d'appel de Paris a ramené l'indemnité à 1 293 498,74 euros, en rejetant notamment l'indemnisation des frais financiers.

1. Nous débiterons par le deuxième moyen, qui se rapporte à la partie de l'arrêt relative à la régularité du jugement. Contrairement à ce qui est soutenu, l'arrêt est suffisamment motivé s'agissant de la réponse au moyen tiré de l'irrégularité de l'expertise, dès lors que la cour a indiqué que le principe du contradictoire n'avait pas été méconnu.

2. Il est ensuite soutenu que la cour a commis une erreur de droit en écartant l'indemnisation des frais financiers au titre des dépenses utiles. Sont en cause deux catégories de frais : d'une part, 624 223,88 euros pour les intérêts versés entre mars 2006, date de la résiliation, et novembre 2011, date du remboursement anticipé des emprunts par la société, et d'autre part 273 268,82 euros pour le coût de ce remboursement anticipé.

La cour a jugé que les frais financiers engagés par le cocontractant pour assurer l'exécution du contrat ne figuraient pas en principe au nombre des dépenses utiles pour la collectivité et s'est ensuite fondée sur la circonstance que les contrats du 10 et du 24 juin 1986 avaient été écartés par le tribunal administratif dans le jugement avant-dire droit du 14 novembre 2013, devenu définitif sur ce point.

Comme vous le savez, le cocontractant de l'administration peut prétendre, lorsque le contrat s'avère entaché de nullité, à une indemnisation qui comporte deux étages : de manière générale, le remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité, et dans le cas où la nullité du contrat résulte d'une faute de l'administration, la réparation du dommage imputable à cette faute, qui peut comporter notamment la perte de bénéfice (CE, Sect., 20 octobre 2000, *Société Citecable Est*, n° 196553, Rec.). Le débat porte ici sur le premier étage et s'agissant de la prise en compte des frais financiers dans les dépenses utiles, votre jurisprudence est bien établie pour deux types de contrats. Pour les concessions de service public, le cocontractant demande à être indemnisé, non seulement de la valeur non amortie des biens de retour mais aussi du déficit supporté à raison de l'exploitation et nécessaire dans le cadre d'une gestion normale, compte tenu notamment « *des dotations aux amortissements et des frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements* » (CE, 16 novembre 2005, *MM. Auguste et Commune de Nogent-sur-Marne*, n° 262360, Rec.). Vous avez ensuite précisé que la prise en compte du coût de financement du déficit d'exploitation était subordonnée à la condition qu'il soit équivalent à celui qu'aurait supporté ou fait supporter aux usagers le délégant (CE, 9 mars 2018, *Société GSN-DSP*, n° 406669, Tab. sur un autre point). Pour les marchés publics, au contraire, les frais financiers engagés par le co-contractant pour assurer l'exécution du contrat ne peuvent être regardés comme des dépenses utiles à la collectivité (CE, Sect., 10 avril 2008, *Société Decaux et Département des Alpes-Maritimes*, n° 244950, Rec.).

En dehors de ces deux catégories de contrats, la situation est plus complexe. Dans l'état actuel du droit, l'article L. 2235-2 du code de la commande publique prévoit pour les marchés de partenariat la prise en compte dans les dépenses utiles de « *frais liés au financement mis en*

place dans le cadre de l'exécution du contrat, y compris, le cas échéant, les coûts pour le titulaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat ». Les marchés de partenariat sont classés parmi les marchés publics mais se caractérisent par leur objet, qui est de confier à un opérateur économique une « *mission globale* », comportant « *la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages (...) et tout ou partie de leur financement* » (article L. 1112-1 du CCP) : le fait que le financement de l'ouvrage fasse partie intégrante de la mission confiée à l'opérateur justifie la prise en compte des frais financiers dans les dépenses utiles. Dans l'état du droit antérieur à l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (article 89) dont ces dispositions sont issues, votre jurisprudence sur la prise en compte de ces frais pour les contrats qui étaient alors qualifiés de contrats de partenariat n'est pas fixée. La décision *Rouveyre* (CE, 11 mai 2016, n° 383768, Rec., non fiché sur ce point) invoquée par la société requérante n'a pas tout à fait la portée que celle-ci lui prête : elle se borne à juger que des clauses d'un contrat accessoire à un contrat de partenariat, dit « accord autonome »², prévoyant, en cas de recours des tiers contre ce contrat de partenariat, une garantie pour la société incluant les frais financiers, ne se heurtent pas à la règle d'ordre public interdisant à une personne publique de consentir des libéralités.

Par ailleurs, avant même l'ordonnance du 17 juin 2004³ ayant créé les contrats de partenariat, les collectivités publiques concluaient des contrats ou des ensembles contractuels ayant un objet analogue. Ils consistaient notamment à consentir à un opérateur privé des droits réels sur un terrain appartenant à la collectivité, l'opérateur privé finançant la construction d'un ouvrage sur ce terrain et le louant ensuite à la collectivité. La présente affaire en est une illustration. Vous n'avez jamais eu l'occasion de vous prononcer sur la prise en compte des frais financiers dans les dépenses utiles en cas de nullité de tels ensembles contractuels.

Toujours est-il que vous ne pourrez confirmer l'arrêt, qui repose sur deux motifs erronés en droit. D'une part, il ne peut être procédé à l'affirmation selon laquelle les frais financiers ne figurent pas en principe au nombre des dépenses utiles, sans analyse préalable de la nature du contrat, à laquelle la cour ne s'est pas livrée. D'autre part, la circonstance que la nullité des contrats avait été prononcée par le juge était sans incidence, puisque par construction, il n'y a indemnisation sur le terrain de l'enrichissement sans cause que si le contrat est nul.

Vous annulerez donc l'arrêt en tant qu'il s'est prononcé sur l'indemnisation des frais financiers. La cour avait également rejeté des conclusions de la société tendant à l'indemnisation des mêmes frais sur le terrain quasi-délictuel, mais elles n'avaient été présentées qu'à titre subsidiaire. La cassation de l'arrêt en ce qui concerne les frais financiers emporte donc également cette partie et vous n'aurez donc pas à vous prononcer sur le premier moyen du pourvoi, qui s'y rapportait.

² Cf. S. Colmant et E. Tessier, « La reconnaissance prétorienne de l'accord autonome », JCP A, n° 22 (6 juin 2016), p. 2143.

³ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

3. Les autres moyens du pourvoi ne vous retiendront pas. La société soutient que la cour a commis une erreur de droit ou, à tout le moins, dénaturé les pièces du dossier en jugeant qu'elle était redevable à la commune d'une somme de 706 501,22 euros au titre du poste des grosses réparations.

La redevance contractuelle versée par la commune à la société incluait la constitution de provisions pour grosses réparations au sens de l'article 606 du code civil⁴. La cour a constaté qu'à la date de la résiliation du contrat, la commune s'était acquittée à ce titre d'une somme de 706 501,22 euros, qui ne lui avait pas été utile puisqu'aucune grosse réparation n'avait été effectuée. La société se borne à soutenir devant vous que le contrat ne subordonnait pas le versement de la redevance à la réalisation des réparations, mais cette considération est sans incidence dans le cadre d'une indemnisation sur un terrain quasi-contractuel. Il n'est pas contesté qu'à la date de la résiliation, aucune réparation n'avait été effectuée, de sorte que le versement de ces provisions ne s'était traduit pour la commune par aucun enrichissement.

4. Enfin, la cour n'a pas dénaturé les pièces du dossier ni les écritures de la société s'agissant de l'évaluation de la valeur vénale de la résidence. Elle s'est fondée sur le rapport d'expertise pour retenir une somme de 2 millions d'euros, tandis que la société revendiquait une valeur de 3,8 millions. La société revient sur certains points mais ne démontre pas que le travail de l'expert, qui repose sur la combinaison de trois méthodes d'évaluation, serait aberrant.

5. Vous annulerez donc l'arrêt en tant qu'il s'est prononcé sur l'indemnisation des frais financiers et, compte tenu de l'ancienneté de l'affaire, la réglerez au fond dans cette mesure. Vous serez saisis de la requête d'appel de la commune contestant les jugements du tribunal administratif de Melun, qui avaient donné gain de cause à la société sur ce point. Nous examinerons les différents moyens de la commune en allant du général au particulier.

5.1. La commune conteste en principe la prise en compte des frais financiers comme dépenses utiles pour un tel contrat. La question peut être décomposée en deux temps : d'une part, pour des contrats de partenariat ou des contrats antérieurs à l'ordonnance du 17 juin 2004 ayant un objet identique, faut-il exclure par principe la prise en compte des frais financiers comme vous l'avez fait pour les marchés publics dans la décision *Decaux* ? d'autre part, si vous apportez une réponse négative à la première question, le type de frais financiers dont la société (à savoir les intérêts payés postérieurement à la résiliation et les frais de remboursement anticipé) demande le remboursement peuvent-ils être qualifiés de dépenses utiles ?

Sur la première question, l'exclusion de principe de la prise en compte des frais financiers nous semblerait incohérente avec l'objet de ces contrats. Le financement de l'ouvrage fait partie intégrante du service que l'opérateur économique rend à la collectivité publique. L'économie des contrats de partenariat est sur ce point tout à fait différente de celle des marchés publics, pour lesquels la collectivité achète uniquement une prestation ou la livraison

⁴ « Les grosses réparations sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières. (...) Toutes les autres réparations sont d'entretien. »

d'un ouvrage, dont elle paie directement le prix ; le recours à l'emprunt y relève d'un choix éventuel de l'entrepreneur et n'est d'aucune utilité pour la collectivité.

En l'espèce, il est constant que les contrats conclus le 10 juin et le 26 juin 1986 mettent à la charge de la société le financement de la construction de la résidence, le contrat de location du 10 juin prévoyant d'ailleurs que le calcul de la redevance prenait en compte le montant des annuités dû par la société pour le remboursement des emprunts contractés. L'objet de cet ensemble contractuel était identique à celle d'un contrat de partenariat et la prise en compte des frais financiers ne peut donc être exclue par principe.

5.2. La commune soutient également que les frais litigieux ayant été supportés par la société postérieurement à la résiliation, ils ne pourraient être regardés comme lui ayant été utiles. C'est ici que vient la deuxième question et elle peut davantage faire hésiter. Selon la décision *Auguste*, les « *frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements* » sont pris en compte comme une composante du déficit d'exploitation. Il peut donc sembler de prime abord difficile de prendre en compte des intérêts payés après la résiliation puisqu'il n'y a alors plus d'exploitation. Et s'agissant des pénalités de remboursement anticipé, si elles ont été introduites de manière expresse dans les dépenses éligibles au remboursement par les ordonnances de 2015 et 2016, votre jurisprudence est muette à leur sujet dans le cadre de l'état du droit antérieur.

L'obstacle nous paraît néanmoins surmontable. Ces deux catégories de frais financiers se rattachent au même fait générateur, qui est l'emprunt souscrit initialement par le cocontractant pour financer l'investissement utile à la collectivité. Lorsque cet emprunt est souscrit, un tableau d'amortissement est défini avec l'organisme bancaire, qui inclut les intérêts jusqu'au remboursement complet ; le coût complet de l'emprunt est égal à la somme de ces intérêts et c'est l'ensemble de ce coût qui est potentiellement utile à la collectivité. Le fait que le contrat soit résilié en cours d'exécution ne change pas la nature de ces intérêts : c'est toujours le même emprunt qui doit être remboursé. Et les frais de remboursement anticipé s'inscrivent dans la même logique, puisqu'il ne s'agit que d'une modalité de paiement de l'emprunt initial. Ajoutons que la notion de déficit d'exploitation n'a pas toujours de sens dans le cas d'un contrat de partenariat où, comme en l'espèce, le cocontractant n'assure pas nécessairement l'exploitation de l'ouvrage.

Vous pourrez donc admettre la prise en compte de ces frais, en y mettant toutefois une limite : comme pour les concessions, le coût de remboursement des emprunts ne devrait être indemnisé que dans la mesure où il n'excède pas celui qu'aurait supporté la collectivité. Aucune contestation n'a cependant été émise par la commune sur ce terrain.

5.3. La commune souligne en troisième lieu que les intérêts d'emprunt supportés par la société après la résiliation procéderaient de son manque de diligence à en demander le remboursement anticipé, demande qui n'est intervenue qu'en novembre 2011. Ce faisant, elle doit être regardée comme invoquant une faute de la société qui serait à l'origine de son propre appauvrissement. Sans avoir à vous prononcer sur la question de principe de la prise en compte de la faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause⁵, vous pourrez juger qu'en

tout état de cause, la société n'a pas commis de faute en l'espèce. Elle pouvait légitimement attendre de connaître le sort réservé à sa requête tendant à l'annulation de la résiliation pour demander le remboursement anticipé, sa demande ayant suivi l'arrêt de la CAA de Paris confirmant le rejet de celle-ci.

5.4. Enfin, la commune soutient que le remboursement des intérêts d'emprunt après 2006 ne serait pas établi, mais cette affirmation qui ne repose que sur un passage ambigu du rapport d'expertise ne vous convaincra pas.

PCMNC :

- **à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il s'est prononcé sur l'indemnisation des frais financiers ;**
- **dans le cadre du règlement au fond dans cette mesure, au rejet de la requête d'appel de la commune ;**
- **à ce qu'il soit mis à la charge de la commune le versement à la société EHC d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.**

⁵ Question complexe comme l'exposait Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur la décision *Société Decaux*. Il y est jugé que les fautes commises par l'intéressé antérieurement à la signature du contrat sont en principe sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité, mais cette décision ne règle pas la question des fautes postérieures à la signature. On peut également s'interroger sur les conséquences éventuelles à tirer dans la jurisprudence administrative du nouvel article 1303-2 du code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui prévoit que « l'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri ».