

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Le 18 janvier 2006, la commune de Nice a conclu avec un groupement momentané d'entreprises un contrat de concession ayant pour objet la conception, la construction, la maintenance et l'exploitation d'un complexe de football dit « Grand stade de Nice », pour une durée de 30 ans. Ce contrat a ensuite été transféré à la société de projet GSN-DSP. La délibération du conseil municipal autorisant la signature du contrat ainsi que le contrat ont cependant été annulés, sur déféré du préfet, par un jugement définitif du tribunal administratif de Nice du 22 décembre 2006. La société a alors réclamé à la commune le versement d'une somme de plus de 40 millions d'euros HT au titre des dépenses utiles qu'elle avait engagées au profit de la commune et de la réparation des préjudices subis du fait de la faute de cette dernière. L'indemnisation amiable de la société s'étant heurtée au refus du conseil municipal d'approuver le protocole transactionnel négocié entre les parties, qui prévoyait le versement à la société de 16 millions d'euros, celle-ci a saisi le TA de Nice qui n'a que très partiellement fait droit à ses conclusions en condamnant la commune à lui verser 1 504 590 euros, somme que la CAA de Marseille a, par un arrêt du 7 novembre 2016, portée à 2 935 235 euros TTC. Cette somme correspond à une petite partie des dépenses utiles réclamées par la société. Ses conclusions indemnitaires au titre de la responsabilité pour faute de la commune ont par ailleurs été intégralement rejetées.

En ce qui concerne les dépenses utiles, la société requérante soutient tout d'abord que la cour n'aurait pas suffisamment expliqué les raisons pour lesquelles elle considérait que les frais de conception et de piquetage ne présentaient pas de caractère utile ni celles l'ayant conduit à limiter l'indemnisation des frais généraux à la moitié des sommes retenues par les experts.

Sur le premier point, l'insuffisance de motivation n'est qu'apparente : la cour justifie le rejet de ces demandes par référence aux « motifs exposés au point 18 », qui ne traitent pas de ces dépenses mais des frais financiers. Il s'agit cependant d'une erreur de plume, l'absence d'utilité de ces frais étant expliquée, et suffisamment expliquée, au point 19.

Sur le second point, la motivation de l'arrêt nous paraît suffisante : la cour n'ayant retenu comme des dépenses utiles qu'une partie des frais généraux évalués par les experts, elle a diminué d'autant la somme qu'ils proposaient à ce titre.

Vous écarterez également le moyen tiré de ce que la cour aurait dénaturé les pièces du dossier en jugeant que les dépenses relatives aux modules de chantier et au piquetage n'avaient pas été utiles à la commune. La cour a relevé que ces frais n'avaient finalement pas servi à la réalisation de l'ouvrage, dont les caractéristiques étaient très différentes du projet

initial. La société requérante n'établit pas en quoi cette constatation serait grossièrement erronée.

Les moyens dirigés contre les motifs par lesquels la cour a exclu l'indemnisation des frais financiers au titre des dépenses utiles sont plus sérieux. Ces motifs sont extrêmement succincts, ce qui les expose à la critique d'insuffisance de motivation qui leur est faite : « Considérant que les frais financiers engagés par la société GSN-DSP pour assurer l'exécution du contrat ne peuvent être regardés comme des dépenses utiles ».

Plus intéressante est cependant l'erreur de droit qui est soulevée à l'encontre de ce qui semble bien être l'affirmation d'une exclusion de principe de l'indemnisation des frais financiers au titre des dépenses utiles.

Or une telle exclusion de principe est contraire tant à votre jurisprudence qu'aux dispositions plus récentes de l'article 56 I de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, qui en reprennent le principe.

Vous avez admis que le concessionnaire de l'administration peut demander à être indemnisé au titre des dépenses utiles notamment « des dépenses d'investissement qu'il a consenties, ainsi que du déficit qu'il a, le cas échéant, supporté à raison de cette exploitation, compte tenu notamment des dotations aux amortissements et des frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements, pour autant toutefois qu'il soit établi, au besoin après expertise, que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service » (16 novembre 2005, *M. A... et Commune de Nogent-sur-Marne*, n° 262360, au rec). Vous avez réaffirmé cette possibilité, dans les mêmes termes, auxquels vous avez ajouté la précision selon laquelle le coût de financement du déficit devait être « équivalent à celui qu'aurait supporté ou fait supporter aux usagers le délégant », par une décision *Cne de Castres*, du 7 décembre 2012 (n° 351752), après l'avoir en revanche exclue pour les marchés publics (CE, Section, 10 avril 2008, *Société Decaux et Département des Alpes-Maritimes*, n° 244950). Vous l'avez enfin plus récemment également admise pour les contrats de partenariat (11 mai 2016, *R...*, n° 383768, au rec) qui, s'ils se rattachent à la catégorie générale des marchés publics, impliquent de la part du titulaire des investissements importants le plus souvent financés par l'emprunt. Au-delà des catégories contractuelles, ce qui apparaît déterminant pour l'indemnisation des frais financiers au titre des dépenses utiles est la nécessité de l'emprunt qu'ils financent pour l'exécution des prestations dont a bénéficié la collectivité et le caractère raisonnable de leur taux.

Ces règles figurent aujourd'hui, pour les concessions, à l'article 56 I de l'ordonnance du 29 janvier 2016 : « I. - *En cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le concessionnaire peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'autorité concédante, parmi lesquelles figurent, s'il y a lieu, les 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.* » Elles sont également prévues pour les marchés de partenariat par l'article 89 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Par conséquent, que les règles applicables au présent litige soient celles issues de votre jurisprudence ou des dispositions précitées de l'ordonnance du 29 janvier 2016, la cour a commis une erreur de droit en excluant par principe l'indemnisation des frais financiers, sans rechercher si les conditions de leur indemnisation étaient satisfaites.

La portée de la décision que vous allez rendre résidera donc moins dans le rappel de cette règle, qui est désormais bien établie, que dans le choix de son fondement, qui vous conduira à vous interroger le champ d'application dans le temps des dispositions de l'article 56 I de l'ordonnance de 2016.

Il est défini par l'article 78 de l'ordonnance qui dispose que « *La présente ordonnance entre en vigueur à une date fixée par voie réglementaire et au plus tard le 1er avril 2016, à l'exception du I de l'article 56 qui entre en vigueur le lendemain du jour de la publication de la présente ordonnance. (...) Les I et III de l'article 56 de la présente ordonnance s'appliquent aux décisions juridictionnelles rendues à compter de l'entrée en vigueur desdites dispositions.* »

La société requérante soutient que les décisions juridictionnelles auxquelles fait référence cette dernière phrase sont celles statuant sur les demandes d'indemnisation des dépenses utiles, ce qui rendrait applicable les dispositions de l'article 56 I au présent litige, l'arrêt de la cour étant postérieur au lendemain de la publication de l'ordonnance.

Nous ne partageons pas cette analyse, pour plusieurs raisons, qui tiennent tant au texte de ces dispositions qu'à leur esprit. D'une part, elles ont pour objet de déterminer l'entrée en vigueur d'une règle d'indemnisation d'un préjudice dont le fait générateur est la disparition d'un contrat résultant d'une décision juridictionnelle. La décision juridictionnelle à laquelle fait référence la disposition qui fixe cette entrée en vigueur ne peut être que celle qui constitue le fait générateur du préjudice indemnisable. Ne serait-ce que grammaticalement, le passé auquel est mis « les décisions juridictionnelles » fait obstacle à ce que l'on puisse considérer que ces décisions sont celles que les juridictions rendront et dans lesquelles elles devront faire application de la règle ainsi rendue applicable. Le législateur a ainsi entendu permettre l'application de ce principe d'indemnisation au plus tôt à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, sans lui donner pour autant un caractère rétroactif qui conduirait à déroger au principe général selon lequel l'indemnisation d'un préjudice est régie par les règles en vigueur à la date de son fait générateur.

D'autre part, l'interprétation proposée par la société requérante réduirait excessivement et sans raison le champ de l'article 78 en le limitant à l'application de l'article 56 I par les juridictions. Or cet article reconnaît un droit à indemnisation des frais financiers au titre des dépenses utiles que tout concessionnaire peut faire valoir auprès de l'autorité concédante et qui devrait lui être accordé sans qu'il ait besoin de saisir une juridiction.

Si vous nous suivez, vous jugerez que les dispositions de l'article 56 I ne sont pas applicables au présent litige, qui porte sur l'indemnisation d'un préjudice né de l'annulation d'un contrat par une décision juridictionnelle antérieure à son entrée en vigueur. Vous devrez donc censurer la cour pour avoir méconnu non ces dispositions mais les règles jurisprudentielles identiques qui étaient en vigueur auparavant et annuler l'arrêt en tant qu'il a statué sur les conclusions de la société requérante relatives à l'indemnisation des frais financiers sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

Les deux derniers moyens sont dirigés contre les motifs par lesquels la cour a rejeté les conclusions de la société requérante tendant à la condamnation de la commune, sur le fondement de sa responsabilité quasi-délictuelle, à l'indemniser du manque à gagner subi du fait de l'annulation du contrat.

Après avoir constaté que le motif d'annulation du contrat était constitutif d'une faute de la commune de nature à engager sa responsabilité, la cour a cherché à déterminer le

préjudice indemnisable subi par la société requérante, en faisant application des principes rappelés avec constance par votre jurisprudence, notamment par votre décision de section *Société Decaux* du 10 avril 2008 (n° 244950, 284439, 248607, p. 151) : "Dans le cas où la nullité du contrat résulte d'une faute de l'administration, il peut en outre, sous réserve du partage de responsabilité découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration. A ce titre, il peut demander le paiement des sommes correspondant aux autres dépenses exposées par lui pour l'exécution du contrat et aux gains dont il a été effectivement privé par sa nullité, notamment du bénéfice auquel il pouvait prétendre, si toutefois l'indemnité à laquelle il a droit sur un terrain quasi-contractuel ne lui assure pas déjà une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée» (voyez également, pour un rappel récent et une précision sur l'exigence tenant au lien de causalité : 6 octobre 2017, *Société Cegelec Perpignan*, n° 395268, au rec).

Elle a ensuite, pour calculer le préjudice éventuellement subi, comparé le bénéfice escompté par la société et les recettes provisionnelles de l'exploitation aux différents coûts de maintenance et dépenses de gros entretien et de renouvellement évalués par les experts et a constaté que le résultat prévisionnel en fin de concession se serait révélé déficitaire à hauteur de 18 248 000 euros et "que le montant total des dépenses, y compris les dépenses autres que les dépenses utiles, exposé par la société GSN-DSP, tel que retenu par les experts, s'élève à 9 270 531 euros". Elle en a déduit "que ce montant étant inférieur au déficit ainsi déterminé, la société GSN-DSP ne peut prétendre à une indemnisation supplémentaire sur le fondement quasi-délictuel".

Le moyen d'erreur de droit soulevé à l'encontre de ces motifs est tiré de ce qu' "en refusant toute indemnisation des dépenses engagées par la société GSN-DSP qui n'ont pas été indemnisées sur le terrain quasi-contractuel, au motif que cette dernière n'aurait retiré aucun bénéfice de l'exploitation de la concession, la cour a commis une erreur de droit". La société requérante reproche à la cour d'avoir refusé de lui reconnaître un droit à indemnisation des dépenses mêmes non utiles à la collectivité. Elle se prévaut de votre décision du 26 mars 2008, *Société SPIE Batignolles* (n° 270772, T), par laquelle vous avez indiqué que "l'indemnité susceptible d'être accordée à l'entrepreneur, il convient de prendre en compte l'ensemble de la rémunération à laquelle ce dernier aurait eu droit en exécution du contrat, en incluant notamment le montant des éventuels avenants et, le cas échéant, les dépenses exposées au titre de travaux supplémentaires prescrits par le maître d'ouvrage». Mais ces dépenses, qui sont indemnissables alors même qu'elles ne seraient pas utiles car elles auraient été payées en exécution en contrat s'il avait été conduit à son terme, ont bien été prises en compte par la cour, qui les a évaluées à plus de 9 millions d'euros.

Ces principes sont issus de décisions qui concernent des marchés publics, c'est à dire des contrats où les prestations sont effectuées en contrepartie d'un prix payé par la personne publique. Leur application aux concessions implique de tenir compte de la spécificité de ces contrats dans lesquels le risque d'exploitation repose sur le concessionnaire. C'est ce qu'a fait la cour en rapportant ces dépenses indemnissables au déficit d'exploitation pour constater que ce dernier étant supérieur, le solde de la concession demeure négatif, de sorte que le concessionnaire n'a subi aucun préjudice du fait de l'annulation du contrat. La cour n'a pas dénié au concessionnaire le droit à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées pour l'exécution du contrat ; elle a déduit comme elle devait le faire la somme correspondant à ces dépenses du déficit qu'il doit supporter seul. Lorsque le déficit est supérieur au montant de ces dépenses, comme l'a relevé en l'espèce la cour, le bilan de l'exécution de la convention est négatif. En l'absence de bénéfice escompté, le concessionnaire ne peut se plaindre d'aucun manque à gagner. L'annulation de la convention lui a même évité d'avoir à faire face à une

perte d'exploitation. L'indemnisation des dépenses non utiles indépendamment du résultat d'exploitation reviendrait à les traiter comme des dépenses utiles.

Il peut certes paraître à première vue discutable de rapporter des dépenses effectivement engagées à un résultat prévisionnel en fin de concession. Mais cela nous paraît inhérent à la fois au caractère nécessairement théorique de la détermination d'un préjudice tenant à la perte de chance de dégager un bénéfice d'une exécution qui n'aura pas lieu et du principe concessif sur lequel repose le contrat, qui fait peser le risque d'un déficit sur le cocontractant. La société requérante ne critique d'ailleurs pas cette partie des motifs.

Le moyen tiré de ce que la cour a dénaturé les pièces du dossier en évaluant comme elle l'a fait les dépenses et coûts que l'exécution de la concession aurait entraîné n'est certainement pas fondé. La cour s'est référé aux analyses des experts et soulignant qu'elles n'étaient pas utilement contestées. La critique très abstraite qu'en fait la requérante devant vous n'est pas de nature à en établir le caractère grossièrement erroné.

EPCMNC : - Annulation de l'arrêt en tant qu'il statue sur les conclusions de la société requérante relatives à l'indemnisation des frais financiers sur le fondement de l'enrichissement sans cause et au renvoi de l'affaire à la CAA de Marseille dans cette mesure ;

- Rejet du surplus des conclusions du pourvoi;

- Mettiez à la charge de la commune de Nice le versement à la société GSN-DSP d'une somme de 3000 euros au titre des frais qu'elle a exposés dans cette instance.