

# PROJETS & INFRASTRUCTURES

Newsletter juridique  
Décembre 2010

## Contrat de Partenariat et risque d'annulation contentieuse : la clause d'arbitrage est-elle la solution ?

>

Malgré les récentes modifications du Code de justice administrative (cf. ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009) et les avancées jurisprudentielles (notamment Conseil d'Etat, 16 juillet 2007 « Société Tropic Travaux Signalisation » et plus récemment Conseil d'Etat, 28 décembre 2009 « Commune de Béziers ») semblant limiter désormais l'annulation rétroactive d'un contrat en cas de recours contentieux à des hypothèses exceptionnelles, un tel risque continue à peser lourdement sur les scénarios catastrophes envisagés par les prêteurs, à savoir la disparition rétroactive de tout lien contractuel, faisant ainsi entrer les parties dans une relation exclusivement extracontractuelle dont les contours jurisprudentiels, en particulier en termes d'indemnisation, demeurent complexes et relativement incertains.

Dans ce contexte, et afin de sécuriser les parties sur les modalités d'indemnisation applicables en cas de contentieux conduisant à l'annulation rétroactive du contrat, le recours à une clause d'arbitrage, autorisée par l'article 11 de l'ordonnance modifiée de 2004, et dont l'objet serait de définir contractuellement les modalités de calcul d'une indemnisation en ce cas, serait de nature à améliorer la bancabilité des projets et probablement le coût du financement bancaire qui y est associé ; en effet le « principe d'autonomie », s'appliquant à toute clause d'arbitrage (sauf théorie de l'inexistence du contrat principal), serait ainsi susceptible d'assurer la survie de ce mécanisme d'indemnisation indépendamment d'une annulation du contrat. Il est vrai cependant que le régime juridique de l'arbitrage en matière de contrat public demeure encore incomplet, et n'a à notre connaissance jamais été mis en œuvre dans le cadre d'un contrat de partenariat. Ses avantages potentiels sont cependant indéniables, et son esprit même devrait en faire un instrument naturel de tout contrat de partenariat, comme les rédacteurs initiaux de l'ordonnance de 2004 l'avaient largement pressenti. Reste à espérer que la MAPPP continuera leur œuvre, en faisant avancer les pratiques en la matière et pourquoi pas en demandant au Conseil d'Etat de confirmer son efficacité en cas d'annulation contentieuse du contrat.

## Collectivités territoriales et prises de participations au capital de sociétés commerciales : l'émergence d'un capitalisme d'Etat au niveau local

>

Alors que le Conseil d'Etat vient de rendre un avis plus que réservé sur l'applicabilité en l'état actuel de notre législation, de la formule des PPP institutionnels telle qu'envisagée par la Commission européenne (cf. Avis n°383.264 du 1<sup>er</sup> décembre 2009) et visant à faciliter la mise en œuvre de partenariats public-privé de nature actionnariale, le Parlement n'a de cesse de créer des typologies nouvelles de sociétés locales, censées renouveler l'interventionnisme économique des collectivités territoriales. Ainsi, ont été créées aux côtés des traditionnelles SEM, les sociétés publiques locales d'aménagement, par la loi du 13 juillet 2006, puis les sociétés publiques locales par la loi du 28 mai 2010, en attendant que soit examinée par les Parlementaires la proposition de loi relative à la société locale de partenariat déposée le 27 juillet 2009 au Sénat, et que l'initiative de la Commission en matière de PPP institutionnel ne se traduise le cas échéant par une proposition de directive. Sans entrer dans les détails des régimes juridiques propres à ces différentes structures, il ne peut qu'être constaté la volonté des acteurs publics locaux de renouveler les méthodes d'interventionnisme économique, en recourant de plus en plus largement aux techniques du secteur privé, et notamment en intervenant en tant



[www.taylorwessing.com](http://www.taylorwessing.com)

# Projets & Infrastructures

Newsletter - Décembre 2010

qu'investisseur public de long terme. Si notre droit national, comme l'a justement fait remarquer le Conseil d'Etat, ne semble pas encore adapté à cette nouvelle forme d'interventionnisme actionnarial des collectivités locales, le régime des prises de participations de personnes publiques au capital de sociétés commerciales a en revanche été largement balisé par le droit communautaire, et la récente décision du Tribunal de 1<sup>ère</sup> Instance de l'Union Européenne du 3 mars 2010 constitue un élément supplémentaire confortant le statut juridique de l'investisseur public (TPIUE, 3 mars 2010, aff. T-163/05). Si le cadre juridique existe donc d'ores et déjà, c'est le principe même de cet interventionnisme au niveau local, et partant sa légitimité, qui doit encore être affirmé. La reconnaissance expresse par l'article L. 3231-6 du Code général des collectivités territoriales de la possibilité d'une prise de participation au capital d'une société commerciale par un département sous réserve d'une autorisation préalable par décret en Conseil d'Etat, constitue probablement la première étape de ce processus, de même que le dispositif prévu par l'article L. 4211-1-9 dudit Code.

Il appartient désormais aux élus locaux qui le souhaitent de saisir cette opportunité et, en prolongement de l'action de l'Etat via ses investissements en *equity* dans des entreprises ou secteurs stratégiques, de développer un véritable capitalisme d'Etat au niveau local.

## Valorisation du patrimoine immobilier de l'Etat : le recours aux montages en BEA se généralise

>  
Par la loi du 23 juillet 2010, le législateur ajoute une nouvelle possibilité pour l'Etat et les établissements de réseaux consulaires (i.e. CCI, chambres de métiers...) de recourir à des montages complexes en BEA en vue de valoriser leur patrimoine immobilier, qu'il appartienne au domaine public ou au domaine privé, et plus exactement en vue de « restaurer, réparer ou mettre en valeur » ledit patrimoine immobilier. Faisant suite aux BEA « logements sociaux » créés par la loi du 17 février 2009, cet ajout prend ainsi acte du succès des BEA mis en œuvre par les collectivités locales et entérine la volonté de l'Etat de bénéficier des montages public-privés en vue de valoriser son patrimoine. On ne peut toutefois que regretter la méthode utilisée et l'absence de cohérence d'ensemble qui en résulte, et attendre, comme à l'habitude désormais, les prochains ajustements de ce nouveau régime découlant des traditionnels rappels à l'ordre des juridictions quant à sa conformité avec le droit communautaire des marchés publics...

*“A responsive firm with excellent commercial acumen... Taylor Wessing is a firm acutely aware of its clients' needs.”*  
Legal 500

**ENVIRONNEMENT** - Application du régime des ICPE aux éoliennes

>  
Longtemps envisagée, la soumission des éoliennes au régime des installations classées est devenue réalité avec la Loi Grenelle 2 du 12 juillet 2010 ; obligation de remise en état, constitution de garanties financières et autorisation préalable pour les installations de production dont la hauteur de mât dépasse 50 mètres sont les principales caractéristiques de ce régime, qui sera complété par un décret d'application dont l'objet sera notamment de définir le régime applicable aux éoliennes dont la hauteur de mât ne dépasse pas 50 mètres.

**URGENCE & PPP** - la fin du débat

>  
Le Conseil d'Etat par son arrêt du 23 juillet 2010 confirme que l'urgence justifiant le recours à un contrat de partenariat se définit comme la « nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général et affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles qu'en soient les causes », reprenant ainsi les termes de la loi du 28 juillet 2008, ayant modifié l'article 2 de l'ordonnance de 2004, sauf à ajouter que le retard en question doit pouvoir être qualifié de « particulièrement grave ».



Contact

Olivier Laffitte

Avocat à la Cour

Responsable "Droit Public/Projets"

01 72 73 03 33

[o.laffitte@taylorwessing.com](mailto:o.laffitte@taylorwessing.com)

[www.taylorwessing.com](http://www.taylorwessing.com)

Berlin Bruxelles Cambridge Dubai Düsseldorf Francfort Hambourg Londres Munich Paris Pékin Shanghai Varsovie

This publication is intended for general public guidance and to highlight issues. It is not intended to apply to specific circumstances or to constitute legal advice. Taylor Wessing's international offices operate as one firm but are established as distinct legal entities. For further information about our offices and the regulatory regimes that apply to them, please refer to [www.taylorwessing.com/regulatory.html](http://www.taylorwessing.com/regulatory.html)